

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL EN EL PERÚ

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTORA

Marisol Oliva Castro

ASESOR

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Julio, 2020



A mis padres, quienes, de forma incondicional, me brindan todo su apoyo para continuar avanzando y con quienes estaré eternamente agradecida, pues, por ellos, soy quien soy.

RESUMEN

La presente tesis analiza la regulación del contrato a tiempo parcial en el Perú, a partir de un análisis dogmático de esta figura contractual. Esta investigación parte del hecho de que, a través de los años, los contratos a tiempo parcial han sido instrumentos jurídicos que han permitido evadir y, a su vez, vulnerar derechos laborales, considerando que cuentan con una regulación flexible respecto de algunos derechos de los trabajadores y que, por ende, permiten que los empleadores reduzcan costos de personal. Esta situación se ha producido debido a que la regulación actual de estos contratos no establece una definición expresa ni una finalidad o fundamento que justifique el porqué de su existencia en el ordenamiento jurídico, lo cual genera que su uso sea discrecional. En ese sentido, el presente trabajo tiene como objetivo determinar cuál es la finalidad propia de los contratos a tiempo parcial y plantear la necesidad de que esta sea incluida, de manera expresa y concreta, en la normativa laboral peruana. Asimismo, y sobre la base de dicha finalidad, tiene como objetivo evaluar, a lo largo del documento, diversos aspectos jurídicos de la contratación a tiempo parcial vinculados a los derechos de los trabajadores, a fin de poder formular propuestas que ayuden a que su regulación sea la adecuada. Para estos efectos, se analiza legislación nacional y comparada, datos estadísticos, doctrina nacional e internacional sobre el tema, así como jurisprudencia que aporte criterios relevantes al respecto. Finalmente, se presenta una propuesta de regulación legislativa *ad hoc* de los contratos a tiempo parcial, tomando en consideración su finalidad.

Índice

Introducción	6
I. Definición y finalidad	8
1.1 Definición del contrato a tiempo parcial	8
1.2 Finalidad y uso de los contratos a tiempo parcial	12
1.3 Causa objetiva y formalidad de los contratos a tiempo parcial	17
II. Sujetos involucrados en el contrato a tiempo parcial	22
III. Supuestos de fraude en los contratos a tiempo parcial	32
3.1 Circulación de trabajadores dentro de un grupo de empresas	33
3.2 Realización de horas extras	37
IV. Periodo de prueba en los contratos a tiempo parcial	41
V. Prestación de servicios	44
5.1 Determinación de la jornada en los contratos a tiempo parcial	44
5.2 Ejercicio del <i>ius variandi</i>	49
5.3 Descanso vacacional en los contratos a tiempo parcial	54
5.4 Permisos y periodos de inactividad dispuestos por ley y su aplicación en los contratos a tiempo parcial	59
VI. Remuneración y beneficios sociales	67
6.1 Determinación de la remuneración en los contratos a tiempo parcial	67
6.1.1 Remuneración: concepto y particularidades en el contrato a tiempo parcial	68
6.1.2 Proporcionalidad de la remuneración	69
6.1.2.1 <i>Proporcionalidad de la remuneración en los contratos a tiempo parcial</i>	69
6.1.2.2 <i>Proporcionalidad de la remuneración de los contratos a tiempo parcial en la normativa laboral peruana</i>	73
6.1.3 Remuneración mínima vital en los contratos a tiempo parcial	74
6.2 Beneficios sociales en los contratos a tiempo parcial	78
6.2.1 Compensación por tiempo de servicios y los contratos a tiempo parcial	79
6.2.2 Participación legal en las utilidades en los contratos a tiempo parcial	84
VII. Ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a tiempo parcial	86
7.1 Derecho a la libertad sindical de los trabajadores a tiempo parcial	86
7.2 Derecho a la negociación colectiva de los trabajadores a tiempo parcial	90
7.3 Derecho a la huelga de los trabajadores a tiempo parcial	94
VIII. Extinción del vínculo laboral en los contratos a tiempo parcial	96
8.1 Alcances generales sobre la extinción del vínculo laboral en los contratos a tiempo parcial	96
8.2 El despido en los contratos a tiempo parcial	97
8.3 Inexistencia de causa justa para el despido en los contratos a tiempo parcial	100
8.3.1 Despido justificado e injustificado	105
8.3.2 Despidos lesivos de derechos fundamentales: incausado, nulo y fraudulento	106
IX. Propuesta de regulación legislativa de los contratos a tiempo parcial	110
Conclusiones	115
Referencias bibliográficas	118

Listado de gráficos y tablas

Gráfico 1. Perú: Número de trabajadores del sector privado, según tipo de contrato, 2015-2017	16
Gráfico 2. Perú: Evolución del uso de los contratos a tiempo parcial, 2006-2015.....	16
Gráfico 3. Perú: Número de contratos a tiempo parcial según actividad económica, 2015	24
Gráfico 4. Lima Metropolitana: Número de contratos a tiempo parcial según sexo, 2008-2015	28
Gráfico 5. Perú: Promedio de trabajadores a tiempo parcial del sector privado por rango de edad, 2013-2017	30
Gráfico 6. Perú: Número de contratos a tiempo parcial según actividad económica, 2015	31
Gráfico 7. Tasa de trabajadoras sindicalizadas y no sindicalizadas, 2014	89
Tabla 1. Regulación del descanso vacacional en otros ordenamientos	55
Tabla 2. Regulación de los permisos y periodos de inactividad durante la jornada laboral y su aplicación en los contratos a tiempo parcial	61
Tabla 3. Regulación de la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial en otros ordenamientos.....	71
Tabla 4. Regulación de la protección contra el despido arbitrario de trabajadores a tiempo parcial en otros ordenamientos	98

Introducción

En el Perú, los contratos a tiempo parcial han sido, a través de los años, instrumentos jurídicos que han permitido a los empleadores contratar personal considerando sus necesidades operativas, las mismas que, usualmente, se vinculan, entre otros, a la realización de labores repetitivas o de alta rotación. Sin embargo, estos contratos también han significado un instrumento idóneo para evadir y, a su vez, vulnerar derechos laborales, considerando que cuentan con una regulación flexible respecto de algunos derechos de los trabajadores y que, por ende, permiten que los empleadores reduzcan costos de personal.

Con relación a lo anterior, se tiene que el principal problema de estos contratos es que la regulación actual de los mismos no establece una definición expresa ni una finalidad o fundamento que justifique el porqué de su existencia en el ordenamiento jurídico, lo cual genera que su uso sea discrecional. Asimismo, se observa que la normativa laboral no los regula como una modalidad contractual, sino que, por el contrario, establece la posibilidad de que las modalidades contractuales existentes (entiéndase, los contratos a plazo indeterminado o sujetos a modalidad) puedan celebrarse con una jornada a tiempo parcial, sin limitación alguna, de acuerdo con lo indicado textualmente por la ley.

Ahora bien, sobre el particular, cabe hacer notar, además, que esta situación difiere sustancialmente de lo que sucede en la normativa internacional, específicamente en la Unión Europea, donde el contrato a tiempo parcial se regula como una modalidad contractual con fines específicos y, por ende, con aspectos que permiten que su uso se circunscriba a determinadas situaciones. Concretamente, se regula una lógica finalista, que busca lograr un beneficio tanto para la parte empleadora como para la parte trabajadora.

Con motivo del contexto antes descrito, se estableció como materia del presente trabajo la regulación de los contratos a tiempo parcial en el Perú, configurándose como hipótesis que esta regulación no ha resultado adecuada ni suficiente, pues, a pesar de haberse justificado en la finalidad de flexibilizar la contratación laboral para facilitar el acceso al empleo y lograr una mayor formalización del mercado de trabajo, ha traído consigo una evidente vulneración de derechos laborales.

En ese sentido, el objetivo del presente trabajo es determinar cuál es la finalidad propia de los contratos a tiempo parcial y plantear la necesidad de que esta sea incluida, de manera expresa y concreta, en la normativa laboral peruana. Asimismo, y sobre la base de dicha finalidad, se tiene como objetivo evaluar, a lo largo del presente, diversos aspectos jurídicos de la contratación a tiempo parcial vinculados a los derechos de los trabajadores, a fin de poder formular propuestas que ayuden a que su regulación sea la adecuada. Ello, considerando, sobre todo, que aquellos colectivos que deberían ser principales beneficiarios de las ventajas que ofrecen los contratos a tiempo parcial (como las mujeres/madres trabajadoras y los estudiantes) no lo son, debido a que la regulación actual impide que gocen de dichas ventajas; siendo que, por el contrario, se topan con una figura jurídica que reduce sus beneficios laborales de una manera injustificada e, incluso, abusiva.

De este modo, dentro de los aspectos laborales que serán analizados, a partir de la finalidad de los contratos a tiempo parcial que sea determinada, se encuentra lo relacionado a la

necesidad –o no- de que los contratos a tiempo parcial cuenten con una causa objetiva; quiénes deberían ser los principales sujetos de la contratación a tiempo parcial; qué supuestos de fraude podrían producirse con el uso de los contratos a tiempo parcial; cuáles son las implicancias -en cuanto a derechos individuales y colectivos- que trae consigo la prestación de servicios a tiempo parcial; la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los derechos a la compensación por tiempo de servicios (CTS), a las vacaciones y a la protección contra el despido arbitrario; y las formas de extinción de los contratos a tiempo parcial.

Cabe indicar que, a fin de desarrollar los temas antes referidos, se llevará a cabo un análisis dogmático integral de la figura del contrato a tiempo parcial, abordando su regulación y uso tanto en el ordenamiento peruano como en otros ordenamientos jurídicos. Para estos efectos, se analizará legislación nacional y comparada, doctrina nacional e internacional sobre el tema, así como jurisprudencia que aporte criterios relevantes al respecto. De igual manera, se estudiarán y procesarán datos estadísticos que permitan determinar cuál ha sido el empleo de los contratos a tiempo parcial en el Perú a lo largo de los años.

Finalmente, es importante mencionar que la presente tesis se encuentra estructurada por puntos temáticos, los cuales desarrollarán, de manera específica, los siguientes aspectos relacionados con los contratos a tiempo parcial: i) Propuesta de definición y finalidad de los mismos; ii) sujetos prototípicos involucrados en la contratación; iii) supuestos de fraude que podrían producirse en el marco de esta contratación; iv) periodo de prueba en los contratos a tiempo parcial; v) particularidades en la prestación de servicios; vi) método para determinar la remuneración y los beneficios sociales de los trabajadores a tiempo parcial; vii) implicancias del contrato a tiempo parcial en el ejercicio de los derechos colectivos; viii) alcances de la extinción del vínculo laboral; y ix) propuesta de regulación legislativa *ad hoc* de los contratos a tiempo parcial, considerando su finalidad.

I. Definición y finalidad

Un aspecto esencial para iniciar el desarrollo y el análisis de la figura del contrato a tiempo parcial, es poder comprender cómo se define y cuál es su finalidad. A partir de la respuesta de ambas preguntas, y tomando a las mismas como base para efectos del presente trabajo, se podrá continuar llevando a cabo el análisis de otros aspectos de la contratación a tiempo parcial, a fin de determinar cuáles deberían ser sus alcances para una adecuada regulación.

De este modo, en el presente punto temático -dividido en tres acápites-, se abordarán dichos aspectos y, además, se analizarán los aspectos formales con los que debería cumplir un contrato a tiempo parcial, tomando en consideración su naturaleza y características.

1.1 Definición del contrato a tiempo parcial

Con relación a la definición del contrato a tiempo parcial, es preciso hacer referencia, por un lado, al Convenio 175 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT), Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, adoptado en el año 1994 y cuya entrada en vigor se produjo en el año 1998; y, por otro, a la Recomendación 182 de la OIT, Recomendación sobre el trabajo a tiempo parcial, adoptada también en el año 1994. En ambos instrumentos internacionales, se contempla la definición de “trabajador a tiempo parcial”, siendo que el artículo 1 del Convenio 175 de la OIT –no ratificado hasta la fecha por el Perú- regula lo siguiente:

Artículo 1.- A efectos del presente Convenio:

- (a) la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una **duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable**;
- (b) la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia en el apartado a) **puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado**;
- (c) la expresión trabajador a tiempo completo en situación comparable se refiere al trabajador a tiempo completo que:
 - (i) tenga el mismo tipo de relación laboral;
 - (ii) efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y
 - (iii) esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad que el trabajador a tiempo parcial de que se trate;

[...]

(El énfasis es añadido)

Conforme se observa a partir de la norma citada, para definir la contratación a tiempo parcial, se ha tomado en cuenta, **en primer lugar**, la duración de la actividad laboral (entiéndase, la jornada de trabajo) del trabajador, indicándose que esta deberá ser inferior a la que cumplen los trabajadores a tiempo completo en situación comparable. Esta condición ha sido asumida y replicada por la doctrina para definir a los contratos a tiempo parcial, siendo que, dentro de los autores nacionales, Elmer Arce señala que “*se entiende que su definición engloba a cualquier contrato de trabajo con jornada reducida*” (2013, pág. 299). Por su parte, Joaquín De los Ríos indica que “*el trabajo a tiempo parcial es una de las formas de contratación*

laboral atípica. Se caracteriza porque la prestación de servicios se realiza en una jornada de trabajo inferior a la ordinaria [...]” (2015, pág. 326).

Por su parte, la doctrina internacional, concretamente en la española, precisa que los contratos a tiempo parcial son aquellos en que lo esencial es la *“reducción del tiempo de trabajo en comparación con lo que es ordinario o habitual en la actividad de que se trate”* (Martín, Rodríguez-Sañudo, & García, 2005, pág. 520); y, del mismo modo, Miriam Trillo expresa que los contratos a tiempo parcial se caracterizan por tener una *“jornada incompleta en lógica referencia a una jornada total”* (2009, pág. 110).

Ahora bien, **en segundo lugar**, se ha indicado que la comparación de la jornada, para determinar si se trata de un contrato a tiempo parcial, debe realizarse respecto de un trabajador a tiempo completo en situación comparable. Con relación a esta última exigencia, es decir, que el trabajador se encuentre en situación comparable, el literal c) del artículo 1 del Convenio 175 de la OIT ha especificado que el trabajador cumple con esta cuando i) tiene el mismo tipo de relación laboral que el trabajador a tiempo parcial, ii) realiza una labor idéntica o similar en el mismo centro de trabajo, y iii) trabaja en el mismo centro de labores o empresa en la cual labora el trabajador a tiempo parcial.

Sin embargo, respecto de qué se entiende por trabajador a tiempo completo, la norma internacional no ha brindado mayor referencia. En ese sentido, resulta pertinente citar a Elmer Arce, quien ha señalado que, dentro de diversas opciones, una labor a tiempo completo podría darse en los siguientes casos (2013, págs. 300-301):

- a) Cuando el trabajador cumple con la jornada máxima legal;
- b) Cuando el trabajador cumple con la jornada ordinaria del centro de trabajo; o,
- c) Cuando el trabajador cumple con la jornada que realizan los trabajadores que llevan a cabo una labor similar (por ejemplo, secretarias).

Coincidiendo con lo indicado por Arce, la opción más adecuada sería la contenida en el literal b), es decir, la jornada ordinaria del centro de trabajo, y en el mismo sentido se expresa Luis Álvaro Gonzáles, quien señala que configura un contrato a tiempo parcial *“toda aquella prestación de servicios laborales por menos tiempo al estipulado por la empresa empleadora como jornada ordinaria para el común de sus trabajadores [...]”* (2016, pág. 74). La justificación de esta posición se encuentra en que no todos los empleadores establecen como jornada a tiempo completo la jornada máxima legal, debido a la naturaleza y/o el propio desarrollo de la actividad empresarial; y, además, no es una práctica común que exista una jornada ordinaria por cada puesto de trabajo o especialidad, sino, más bien, que esta se aplique de manera general a todos los trabajadores.

Por otro lado, para definir si se está ante una jornada reducida en comparación con la de tiempo completo, el literal b) del artículo 1 del Convenio 175 de la OIT establece, **en tercer lugar**, que esta se calculará semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado (v.g. de manera mensual o anual); es decir, se deberá calcular sobre un período de referencia. De esta manera, a modo de ejemplo, en una empresa donde la jornada ordinaria -a tiempo completo- es de seis (6) horas diarias, se tiene a un trabajador que cumple con una jornada de ocho (8) horas diarias por tres (3) días a la semana. Si se suman las horas

trabajadas en la semana (24) y se divide entre el número de días de trabajo en la empresa (5) –supongamos, para efectos del ejemplo, que la Compañía labora de lunes a viernes-, se tiene que el promedio de horas laboradas en la semana es de 4.8 horas diarias; por lo tanto, se puede concluir que el trabajador sí califica como uno a tiempo parcial en un periodo de referencia semanal. De igual forma, si el cálculo se hiciera con un periodo de referencia mensual, se deberían considerar los días laborados por el trabajador dentro del mes, siendo que, en principio, al ser una cantidad de días laborados menor a la de un trabajador a tiempo completo, el trabajador en cuestión debería ser considerado como uno a tiempo parcial.

Con relación al cálculo de la jornada con un periodo de referencia anual sucede igual: el trabajador que labore, por ejemplo, menos meses que un trabajador a tiempo completo, podría ser calificado a tiempo parcial. Sin embargo, en este escenario se presentan ciertas complicaciones, dado que pueden presentarse casos en que este trabajador a tiempo parcial sea confundido con un trabajador intermitente y viceversa. Al respecto, es necesario señalar que, en el caso de trabajadores intermitentes, no se podría hablar de una jornada a tiempo parcial, ya que, en realidad, no se produce una reducción de la jornada, sino que la propia naturaleza de la actividad requiere de esa intermitencia (por ejemplo, pesca).

Por último, **en cuarto lugar**, de la norma internacional se desprende que, para que un contrato a tiempo parcial configure como tal, la jornada reducida deberá ser realizada de manera normal. Esta condición implica que el trabajador a tiempo parcial deba cumplir con regularidad la jornada inferior a la de tiempo completo, a fin de demostrar que la parcialidad de la jornada es una condición que se mantiene en el tiempo, es decir, que tiene vocación de permanencia (Arce, 2013, pág. 304).

A partir de todo lo anteriormente indicado, se puede llegar a la conclusión de que el contrato a tiempo parcial se define –en términos prácticos- de la siguiente manera: **Contrato de trabajo mediante el cual se establece una jornada regular inferior a la que realizan los trabajadores a tiempo completo de la misma empresa (es decir, aquellos que cumplen con la jornada ordinaria del centro de trabajo).**

Habiendo definido qué es el contrato a tiempo parcial, es importante señalar que el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con una definición normativa para esta figura, pues ni el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (en adelante, LPCL), ni el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo No. 001-96-TR (en adelante, RLFE) -normas que regulan el régimen laboral general- establecen qué es, concretamente, un contrato a tiempo parcial. Cabe indicar, además, que, al no haberse ratificado el Convenio 175 de la OIT, tampoco forma parte de la normativa laboral peruana la definición y los alcances brindados por este instrumento internacional respecto de los contratos a tiempo parcial.

Ahora bien, sin perjuicio de lo previamente indicado, es importante señalar que, dentro de la normativa laboral vigente, se encuentran dispositivos normativos que hacen mención y/o regulan aspectos de los contratos a tiempo parcial, los cuales, si bien no proporcionan una definición expresa, leídos de manera conjunta y realizando una interpretación en contrario,

permiten determinar qué es un contrato a tiempo parcial para el ordenamiento peruano. Así, en primer lugar, se debe señalar que el artículo 4 de la LPCL dispone lo siguiente:

Artículo 4. - En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. **También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.**

(El énfasis es añadido)

A partir de esta norma, pareciera que el ordenamiento peruano considerara a los contratos a tiempo parcial –al igual que el Convenio 175 de la OIT- como todos aquellos que tienen una jornada menor a la de tiempo completo, pues el artículo antes citado no hace ninguna referencia a un mínimo o máximo de horas para que un contrato califique como a tiempo parcial. Inclusive, dicho artículo señala que estos contratos pueden celebrarse “sin limitación alguna”, lo cual también incluiría lo relacionado a las horas de jornada.

Sin embargo, es necesario leer el artículo citado junto con las normas reglamentarias correspondientes, contenidas en los artículos 11 y 12 del RLFE, los cuales regulan lo siguiente:

Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito **mínimo de cuatro (4) horas diarias** de labor.

(El énfasis es añadido)

Artículo 12.- Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.

A partir de la lectura e interpretación de estas normas -que son las únicas que regulan de manera expresa el contrato a tiempo parcial en la LPCL y en el RLFE-, es posible afirmar que, en el Perú, no cualquier contrato por debajo de una jornada a tiempo completo califica como contrato a tiempo parcial, pues, para el ordenamiento jurídico peruano, es aquel que se celebra por debajo de las cuatro (4) horas de jornada diaria, la misma que se calcula dividiendo el total de horas trabajadas en la semana entre el número de días de jornada (seis o cinco, dependiendo de la jornada de la empresa¹). En consecuencia, de acuerdo con la normativa peruana, todo contrato a partir de las cuatro (4) horas de jornada gozará de todos los beneficios correspondientes a un contrato a tiempo completo –a pesar de no calificar, propiamente, como tal-.

Cabe precisar además que, a partir de las normas antes citadas, se desprende que el contrato a tiempo parcial no califica como una modalidad o un tipo contractual independiente (a diferencia de lo que sucede en España, por ejemplo²), sino que se trata de un contrato a plazo

¹ El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Informe No. 136-2018-MTPE/2/14.1, emitido con fecha 26 de setiembre de 2018, definió que los días de jornada a tomarse en cuenta para efectos del cálculo serían los de la empresa y no los que labore el trabajador.

² Regulado por el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

indeterminado o sujeto a modalidad cualquiera, cuya jornada laboral es menor a cuatro (4) horas diarias de labor en promedio y al cual, debido a este factor, se le dejan de reconocer ciertos beneficios laborales (aspecto que será abordado a lo largo del presente trabajo).

A modo de síntesis, a partir de lo desarrollado en el presente acápite, se concluye que la normativa peruana -tanto la LPCL como el RLFE- no cuenta con una definición expresa para los contratos a tiempo parcial. Sin perjuicio de ello, a partir de las normas que regulan ciertos aspectos de estos contratos y tomando en consideración las opiniones emitidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, se ha podido determinar que, para la normativa laboral peruana, solo califican como contratos a tiempo parcial aquellos mediante los que se establece una jornada inferior a las cuatro (4) horas diarias en promedio. Ahora, bajo este contexto, si bien el Perú no ha ratificado el Convenio 175 de la OIT, sería conveniente que éste sea tomado como referencia, a fin de poder regular una definición legal de estos contratos y que pueda haber una mayor seguridad jurídica sobre los mismos, para efectos de su celebración.

1.2 Finalidad y uso de los contratos a tiempo parcial

Considerando que el Convenio 175 de la OIT no consigna cuál es la finalidad de los contratos a tiempo parcial y/o de su implementación, resulta pertinente hacer referencia a los antecedentes de la Unión Europea. De esta manera, es preciso mencionar la Directiva 97/81/CE, cuyo anexo “Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial” indica lo siguiente:

[...] las Partes del presente Acuerdo consideran importantes las medidas que podrían facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial para los hombres y las mujeres con vistas a preparar la jubilación, compaginar la vida profesional y la vida familiar y aprovechar las posibilidades de educación y de formación, a fin de mejorar sus competencias y sus oportunidades profesionales, en el interés mutuo de los empresarios y los trabajadores, y de una manera que favorezca el desarrollo de las empresas.

A partir de esta norma, se puede determinar que el contrato a tiempo parcial *“es el resultado del esfuerzo por conciliar el interés personal del trabajador con los intereses de las empresas por mejorar su competitividad”* (Espín, 2015, pág. 140); o, en otras palabras, que configura una *“oportunidad para los trabajadores, [que] también favorece las posibilidades de desarrollo de las empresas”* (Espín, 2015, pág. 140).

De esta manera, de la norma antes citada se desprende que el contrato a tiempo parcial, en Europa, fue implementado con una doble finalidad: por un lado, la conciliación de la vida personal con la laboral, por parte de los trabajadores; y, por otro, el fomento de la productividad y competitividad empresarial. En ese sentido, es posible afirmar que, a través de la constitución de esta figura en los diferentes ordenamientos europeos, se buscó la generación de un “doble beneficio”, considerando las importantes ventajas que trae consigo el contrato a tiempo parcial.

Con relación a estas ventajas que se generan para ambas partes de la relación laboral, Moral, García y Bote se han pronunciado indicando que el contrato a tiempo parcial

permite a las empresas adecuar el tiempo de trabajo a las características de su demanda ante cambios abruptos en la misma, mejorar la satisfacción laboral y la imagen exterior de la empresa (Riedman et al. 2006), evita pérdida de capital humano, se beneficia de la formación que los trabajadores puedan adquirir durante la reducción de jornada, reduce los costes laborales, se evitan los litigios que acarrearía una regulación de empleo, y puede servir, asimismo, como reclamo para potenciales trabajadores, al denotar el interés de la empresa por relaciones laborales duraderas. Desde el punto de vista de los trabajadores, la flexibilidad permite a éstos evitar el desempleo y el riesgo de permanecer en él, deteriorando su empleabilidad futura, se reduce la pérdida de renta, se sigue cotizando al sistema de seguridad social de cara a futuras pensiones, facilita el adaptar su horario de trabajo a sus demandas de conciliación familiar y profesional o simultanear la realización de estudios o prácticas formativas con el desempeño de una actividad laboral (2012, pág. 216).

(El énfasis es añadido)

Las ventajas señaladas por los autores son claras y se condicen con la *flexibilidad* que otorga el contrato a tiempo parcial dentro del vínculo laboral que existe entre el trabajador y el empleador. Esta flexibilidad, de acuerdo con las ventajas antes mencionadas, se presenta tanto en favor de los trabajadores como de las empresas, y se materializa a través de la reducción del tiempo de trabajo y de la capacidad de adaptar las necesidades de mano de obra conforme con los requerimientos del mercado, respectivamente (Ferradans, 2006, pág. 22).

Ahora bien, habiendo determinado que los contratos a tiempo parcial resultan convenientes para ambos intereses (trabajador y empleador), se tiene como efecto evidente que esta modalidad en la prestación de servicios resulte “atractiva” para las empresas. Así, se puede concluir que su implementación en Europa también habría tenido una finalidad promotora o de fomento del empleo.

Precisamente, en ese sentido, se ha pronunciado Maravillas Espín, quien ha calificado al contrato a tiempo parcial como una “*fórmula flexible de organización del tiempo de trabajo, dirigida a generar empleo*” (2015, pág. 141). De igual manera, Jesús Cruz Villalón ha señalado lo siguiente:

“El primero de los objetivos habitualmente marcados a la hora de afrontar el régimen de trabajo a tiempo parcial es el de que éste sea un efectivo instrumento de fomento del empleo, con vistas a lograr los objetivos de la Estrategia Europea de Empleo en lo que refiere a la elevación de las tasas de ocupación general de la población en edad de trabajar y, en particular, de facilitar e incrementar la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo; aunque quizás en este último punto la perspectiva debería ser más bien la de conciliar la vida familiar y profesional de todos y no exclusivamente de la mujer [...]” (Ferradans, 2006, pág. 20).

(El énfasis es añadido)

De acuerdo con lo indicado por Cruz Villalón, la búsqueda del fomento del empleo a la que se hace referencia conlleva, a su vez, la búsqueda del incremento de la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo; objetivo que se encuentra estrechamente relacionado con la conciliación de la vida personal y laboral, tal como precisa el mismo autor. Sin embargo, se señala también que la conciliación de la vida familiar y laboral no debería ser un objetivo a ser buscado únicamente para las mujeres, sino para todos. Ello, con el fin de lograr una distribución más equitativa entre el trabajo remunerado y no remunerado (labores domésticas/familiares), pues, en la actualidad, este último es realizado, principalmente, por las mujeres (Bote & Cabezas, 2012, pág. 209).

A partir de todo lo previamente señalado, se tiene que la implementación de la figura del contrato a tiempo parcial tiene como finalidad lograr los siguientes objetivos:

- 1) Generar un beneficio tanto para los trabajadores –conciliación de la vida personal con la laboral- como para las empresas –cubrir sus necesidades y reducir costos laborales- (“doble beneficio”);
- 2) Generar y fomentar el empleo en el mercado laboral; y,
- 3) Coadyuvar a la inserción de las mujeres en el mercado laboral.

Ahora bien, tomando en consideración estos objetivos, que se desprenden de la norma comunitaria referida al inicio del presente acápite, corresponde determinar cuál ha sido la finalidad de la regulación del contrato a tiempo parcial en el ordenamiento jurídico peruano.

Sobre el particular, es preciso señalar que, en la normativa laboral peruana, así como no se ha regulado una definición para los contratos a tiempo parcial, tampoco se encuentra referencia alguna sobre cuál es la finalidad de esta contratación en específico o en qué casos correspondería o se justificaría utilizar esta modalidad de prestación de servicios.

Sin perjuicio de este vacío en la normativa peruana, cabe señalar que el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo –norma antecesora de la LPCL y que contempla a los contratos a tiempo parcial-, señala dentro de sus considerandos (parte introductoria de la norma) lo siguiente:

[...] es necesario dictar medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda laboral, **flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo, en especial en el caso de jóvenes desempleados, mujeres con responsabilidades familiares**, trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales, o sensoriales y sectores similares, asimismo la generación masiva de empleo en las franjas más débiles de la sociedad [...]

(El énfasis es añadido)

Cabe indicar que este extracto de la norma se condice con la Ley No. 25327, ley autoritativa dada en el año 1991 por el Congreso de la República, mediante la cual éste delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otros, sobre fomento del empleo; norma que, precisamente, dio lugar a la expedición del Decreto Legislativo No. 728. Dicha ley autoritativa establece como pauta para el Poder Ejecutivo lo siguiente: “[...] b) *Crear nuevas oportunidades de empleo, **flexibilizar las modalidades de contratación laboral**, incluyendo acuerdos directos de empleadores y trabajadores, y adecuar la normatividad de la pequeña empresa, de la microempresa y del trabajo autónomo [...]*”

De esta manera, tal como se observa, el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo, cumple con una regulación flexibilizadora en general. Y, en particular, sobre los contratos a tiempo parcial, es necesario tomar en consideración ciertas referencias doctrinarias que permiten delimitar, sobre la base de lo previamente indicado, cuál ha sido, en el Perú, el objetivo de implementar este tipo de prestación.

Al respecto, Elmer Arce ha señalado que el objeto del contrato a tiempo parcial ha sido fomentar el empleo a través de un instrumento flexibilizador (2013, pág. 310), finalidad que “*parte de una regla de oro: mientras más barato sea el trabajo, más atractivo será para*

crear empleo” (2013, pág. 311); regla que califica como errada, pues afirma que *“solo la productividad puede generar más y mejor empleo”* (2013, pág. 311).

De esta manera, Arce expresa que, si bien la finalidad del legislador peruano ha sido hacer de la contratación a tiempo parcial una figura atractiva para fomentar el empleo, se ha buscado alcanzar este objetivo mediante la flexibilización de la contratación, lo cual ha sido un planteamiento errado, ya que ha conllevado hacer más barato el trabajo y, por ende, ha ocasionado la precariedad del contrato a tiempo parcial (2013, págs. 310-311). Esta situación se evidencia con el hecho de que solo se han regulado como contratos a tiempo parcial aquellos que se encuentran por debajo de las cuatro (4) horas de jornada diaria en promedio –conforme con los artículos 11 y 12 del RLFE-, y que se han reducido (o, incluso, eliminado) beneficios sociales en favor de los trabajadores contratados a través de estos (2013, pág. 310) –aspecto que será desarrollado más adelante-.

Tomando en consideración lo indicado, es posible afirmar que el contrato a tiempo parcial en el Perú tiene un objetivo orientado a favorecer al empleador, puesto que resulta más barato tener en la planilla a dos (2) trabajadores a tiempo parcial –que no tienen derecho a ciertos beneficios regulados por ley- que a un (1) trabajador a tiempo completo –a quien se le debe pagar todos sus beneficios sociales-. Esta afirmación es reforzada con lo indicado por Luis Álvaro Gonzales, quien señala que el contrato a tiempo parcial *“busca, principalmente, generar sistemas productivos más eficientes y rentables para la empresa”* (2016, pág. 73), razón por la cual *“el legislador [...] dispuso negar a los trabajadores sujetos a una contratación laboral a tiempo parcial el acceso a determinados beneficios sociolaborales [...]”* (Gonzales, 2016, pág. 74).

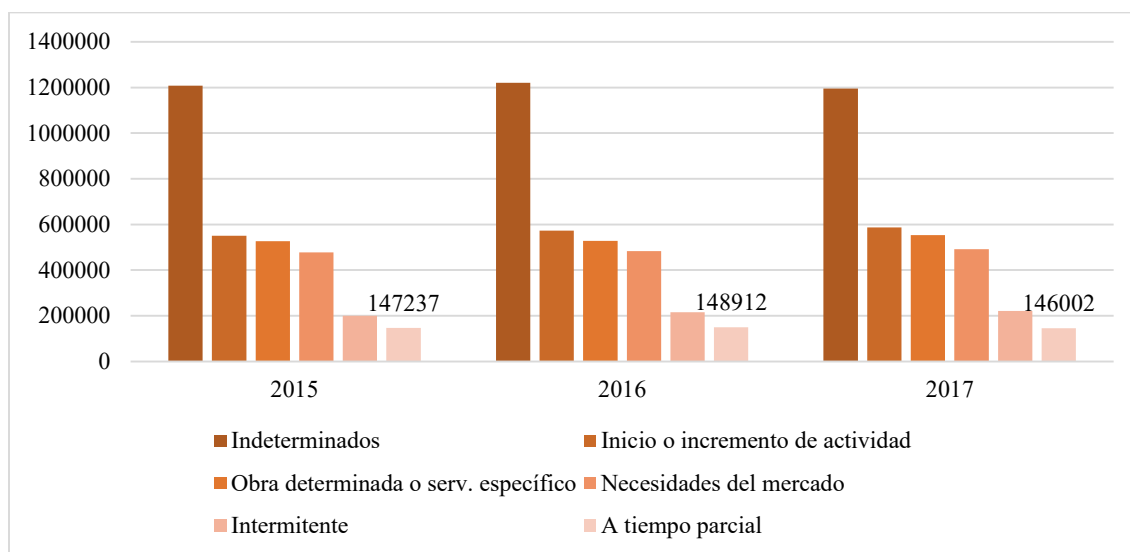
A partir de las referencias previamente citadas, se observa que la finalidad de regular e implementar el contrato a tiempo parcial en el ordenamiento jurídico peruano ha sido distinta a la del ordenamiento europeo. Si bien comparten el fin de fomentar el empleo en el mercado laboral, inclusive con una especial consideración por los jóvenes desempleados y las mujeres con responsabilidades familiares, la normativa laboral peruana no ha sido orientada de manera alguna hacia el objetivo del “doble beneficio”, es decir, al beneficio que deberían obtener ambas partes de la contratación a tiempo parcial. Por el contrario, la normativa laboral peruana, al haber reducido o eliminado beneficios sociales ante la celebración contratos que establezcan una jornada menos a cuatro (4) horas, denota una clara búsqueda del beneficio del sector empresarial y no promueve ni hace referencia a la obtención de ventajas en favor de la parte trabajadora.

Esta situación, en la que la normativa no establece objetivos y/o finalidades claras y específicas sobre la contratación a tiempo parcial, y en la cual la regulación pareciera estar orientada a fomentar el empleo, pero favoreciendo sobremanera a los empleadores -por la reducción de los costos laborales que implica contratar a un trabajador-, trae consigo que las empresas puedan contratar trabajadores por menos de cuatro (4) horas diarias de trabajo en promedio bajo cualquier situación. Más aún, si se toma en consideración que el artículo 4 de la LPCL señala que estos contratos pueden ser celebrados *“sin limitación alguna”*.

Con relación a esta última afirmación, y como se observa en los siguientes gráficos, de acuerdo con el Anuario Estadístico Sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del

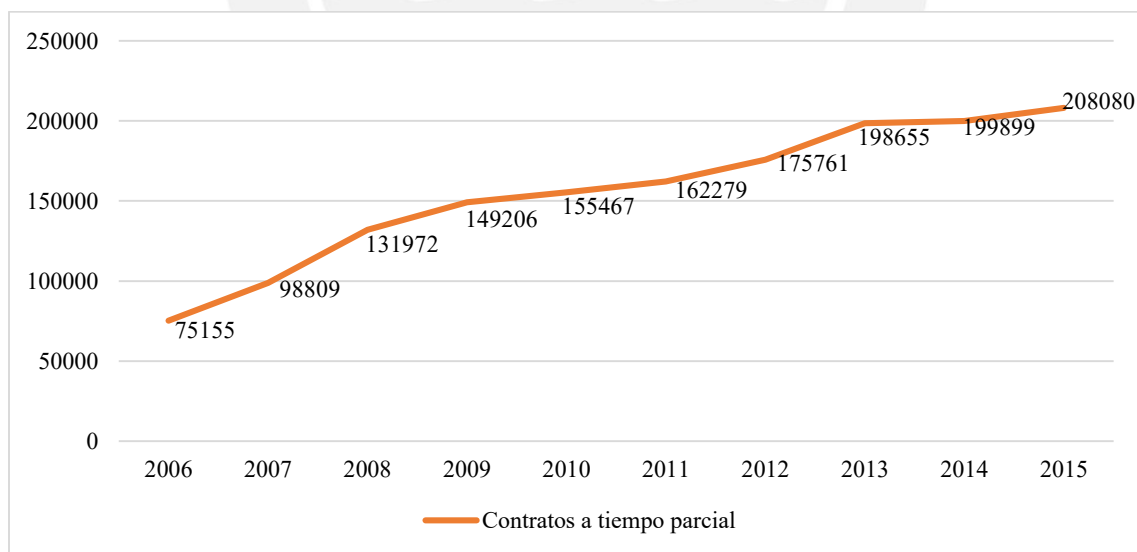
Empleo, el contrato a tiempo parcial, en el Perú, es el sexto “tipo” de contrato³ más usado en el sector privado para contratar trabajadores y, además, su evolución ha mantenido una tendencia ascendente constante en los últimos años.

Gráfico 1. Perú: Número de trabajadores del sector privado, según tipo de contrato, 2015-2017



Fuente: Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2015-2017).

Gráfico 2. Perú: Evolución del uso de los contratos a tiempo parcial, 2006-2015



Fuente: Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2006-2015).

³ Es necesario precisar que, sin perjuicio de esta referencia, la posición sostenida para efectos del presente trabajo es que el contrato a tiempo parcial no configura un tipo o modalidad contractual, sino una modalidad en la prestación de servicios. En ese sentido, hubiera sido más conveniente que la Autoridad Administrativa de Trabajo realizaran estadísticas con relación a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, respecto de cada tipo de contrato.

En efecto, como puede observarse, cada año, desde el 2006 hasta el 2015, el uso del contrato a tiempo parcial ha venido aumentando significativamente. Este factor, aunado a que configura uno de los “tipos” de contratación más utilizados en el sector privado, permite concluir que las empresas lo utilizan de manera recurrente. Del mismo modo, y en concordancia con lo previamente indicado en el presente acápite, se puede determinar que este uso recurrente y ascendente de los contratos a tiempo parcial en el mercado laboral se encuentra motivado en la precariedad de los mismos (Arce, 2013, pág. 310), pues permite a las empresas contar con la fuerza de trabajo que necesitan a un bajo costo.

A modo de síntesis, se puede concluir de lo expuesto que, en el Perú, el contrato a tiempo parcial se habría desvirtuado. Esta conclusión se sustenta en que, bajo la premisa de que el contrato a tiempo parcial debería generar un beneficio tanto para el empleador como para el trabajador, se observa que la regulación peruana ha orientado su uso solo al beneficio del empleador, a diferencia de lo que sucede en Europa, donde la atención a las necesidades empresariales y la conciliación de la vida personal y laboral del trabajador –y, por supuesto, el fomento del empleo- son claros objetivos para el uso de esta figura.

1.3 Causa objetiva y formalidad de los contratos a tiempo parcial

En el presente acápite, se analizará, por un lado, si resulta necesario y/o conveniente que los contratos a tiempo parcial cuenten con una causa objetiva que justifique la modalidad en la prestación respecto de la jornada. Y, por otro, se desarrollará cuáles son los requisitos formales con los que el contrato a tiempo parcial debería cumplir y en qué radica la justificación los mismos.

Con relación a la **causa objetiva** del contrato de trabajo, es necesario señalar, en primer lugar, que una causa objetiva *“supone la justificación para realizar la contratación; dicho de otro modo, encontrar la equivalente conexión formal-real que constituye la razón de dicha contratación”* (Ávalos, 2008, pág. 28). Ahora bien, en el caso concreto de los contratos a tiempo parcial, considerando que estos implican una contratación por debajo de la jornada ordinaria y que, por ende, configuran una excepción a la regla general de contratación a tiempo completo, resultaría pertinente y adecuado que estos cuenten con una causa objetiva que justifique dicha excepción.

En efecto, si se toma en cuenta que los contratos a tiempo parcial configurarían una modalidad de contratación laboral -pues tienen como objetivo cumplir una finalidad particular (tal como fuera explicado en el acápite anterior)- y que estos traen consigo una reducción de beneficios laborales de manera proporcional a la jornada pactada –aspecto que será desarrollado posteriormente-, se puede concluir que su uso no debería poder ser discrecional por parte del empleador. Por el contrario, resultaría necesario que se limite su utilización a los casos que ameriten aplicar una excepción a la regla de la jornada a tiempo completo, es decir, a los casos en que se pretenda cumplir con la finalidad de estos contratos.

Sobre el particular, se cuenta con la referencia de la normativa laboral española, la cual, si bien no exige, de manera expresa, que los contratos a tiempo parcial deban consignar la causa objetiva de los mismos, ha regulado determinados tipos de contratos a tiempo parcial, los

cuales han sido establecidos con un fin en particular. Dentro de ellos, se tienen los siguientes (Servicio Público de Empleo Estatal, 2017, págs. 79-82):

- Contrato de jubilación parcial: Contrato celebrado con el trabajador que acuerda con su empleador una reducción de jornada de trabajo y de su salario entre un mínimo de 25% y un máximo de 50%, o del 75% en los supuestos en que el trabajador que lo releve sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indeterminada.
- Contrato de relevo: Se celebra con un trabajador inscrito como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo o que tuviese contrato de duración determinada vigente con la empresa, con la finalidad de sustituir al trabajador de la empresa que accede a la jubilación parcial. Se celebrará simultáneamente con el contrato a tiempo parcial que se pacte con este último.
- Contrato de trabajo fijo discontinuo: Se celebra para ejecutar actividades de carácter cíclico e intermitente, es decir, con periodos de actividad e inactividad. Conforme a ley (artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el trabajo fijo discontinuo deberá realizarse en fechas ciertas para que pueda calificar como contrato a tiempo parcial (indeterminado).

A partir de la descripción de estos contratos, se puede determinar que, si bien en la regulación española no se exige que contengan una causa expresa que justifique la celebración de los mismos, el hecho de que hayan sido delimitados para casos específicos trae consigo que tenga que hacerse mención a la causa que da lugar al contrato a tiempo parcial a ser celebrado. Es decir, se trataría de una obligación establecida de manera tácita.

Al respecto, es importante notar que las situaciones que han sido establecidas para la celebración de los tres tipos de contratos antes señalados guardan estrecha relación con los fines del contrato a tiempo parcial que se encuentran detallados en la regulación comunitaria europea. Así, los dos primeros contratos (jubilación parcial y relevo) atienden a los intereses de ambas partes, es decir, generan un “doble beneficio”, en tanto permiten i) conciliar la vida personal (jubilación) y laboral del trabajador, y ii) cubrir de manera adecuada las necesidades de la empresa (ante la jubilación parcial del trabajador). Por su parte, el contrato de trabajo fijo discontinuo permite, principalmente, dar atención a los requerimientos propios de la actividad empresarial; no obstante, siendo que el trabajo se lleva a cabo de manera parcial, también podrá dar opción a que el trabajador utilice el tiempo en el que no labora para atender asuntos familiares o académicos, por ejemplo.

Dicho lo anterior, corresponde llevar a cabo el análisis del ordenamiento jurídico peruano, donde se observa que no se contempla la obligación de incluir en los contratos a tiempo parcial una cláusula que contenga una justificación del contrato celebrado, ni de manera expresa, ni de manera tácita. Esta situación lleva a determinar que, a diferencia de lo que ocurre en España, en el Perú, los contratos a tiempo parcial **no configuran una modalidad especial de contratación** y que, por el contrario, se trata de contratos a tiempo indeterminado o sujetos a modalidad (plazo fijo) cuya jornada es reducida (menos de cuatro horas diarias en promedio).

Esta situación genera que los contratos a tiempo parcial puedan ser celebrados sin más necesidad que el acuerdo de las partes y la causa objetiva de la temporalidad del contrato celebrado (en caso se trate de uno a plazo fijo), independientemente de cuál sea la situación que genera que sean celebrados a tiempo parcial. En otras palabras, en el Perú, los contratos a tiempo parcial pueden celebrarse sin ningún tipo de limitación y, si bien el artículo 4 de la LPCL así lo señala, esta regulación causa la “degeneración” de la figura, ocasionado que no cumpla con los fines que debería cumplir.

En ese sentido, resultaría necesario que la normativa laboral peruana regule al contrato a tiempo parcial como una modalidad de contratación y, con ello, la exigencia de una cláusula que contenga la causa objetiva del contrato, así como es requerido para los contratos sujetos a modalidad. Siendo que, en el caso de estos contratos, la causa objetiva “*es la excusa o razón precisa que permite romper el esquema o regla general de contratación a plazo indeterminado*” (Ávalos, 2008, pág. 28); mientras que, en el caso del contrato a tiempo parcial, la causa objetiva debería encontrarse orientada a justificar el rompimiento de la regla general de contratación a tiempo completo, es decir, a sustentar el carácter excepcional de la contratación.

De ser acogida esta exigencia, permitiría dar fiel cumplimiento al *principio de causalidad*, el cual, en el caso de los contratos tiempo parcial, debería garantizar que estos subsistan mientras se encuentre vigente la fuente que les dio origen (Ávalos, 2008, pág. 36), es decir, mientras se mantenga la situación que justifica una jornada reducida, de conformidad con la finalidad de estos contratos. Dicha situación deberá encontrarse relacionada, entonces, a las necesidades del empleador (temas productivos) y a la conciliación de la vida personal y laboral del trabajador (por ejemplo, el caso de un estudiante de ingeniería que requiere trabajar a tiempo parcial para continuar con sus estudios).

Aunado a ello, es preciso señalar que el principio de causalidad “*opera como límite a la eventual arbitrariedad del empresario*” (Arce, 2006, pág. 6), coadyuvando, así, a garantizar que los empleadores no continúen haciendo uso de los contratos a tiempo parcial en casos que no lo ameritan, con la única finalidad de abaratar costos laborales.

Por otro lado, con respecto a los **requisitos formales** del contrato a tiempo parcial, en España se han establecido los siguientes:

- 1) Los contratos a tiempo parcial deberán celebrarse por escrito;
- 2) Se deberá utilizar el modelo oficial que se haya establecido para dicho fin;
- 3) El contrato deberá cumplir con un contenido mínimo: número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución; y,
- 4) El contrato suscrito deberá ser comunicado por el empleador a los Servicios Públicos de Empleo, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción.

Como puede observarse, el ordenamiento español requiere, principalmente, dos aspectos: por un lado, que el contrato a tiempo parcial conste por escrito (a través del modelo oficial y con un contenido mínimo) y que el mismo sea comunicado a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Sobre el particular, es necesario señalar que estos requerimientos tienen como

objetivo “*que la forma del contrato de trabajo sea un dispositivo de protección del trabajador, pues le facilita la prueba de su existencia y de los derechos y obligaciones aparejados al mismo*” (Ferradans, 2006, pág. 106).

Estos elementos de protección en favor del trabajador también han sido establecidos –aunque no todos ellos– en la normativa laboral peruana. Así, el artículo 13 del RLFE dispone lo siguiente:

Artículo 13.- El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción.

Como se observa, la norma citada exige que el contrato a tiempo parcial –aquel con una jornada menos a cuatro (4) horas en promedio– sea celebrado por escrito y que el mismo sea puesto en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince (15) días de su celebración, para efectos de su registro. Estos son todos los requisitos formales que exige la normativa peruana, con lo cual se concluye que no se ha establecido ningún formato oficial para la suscripción de los contratos a tiempo parcial y tampoco se ha determinado un contenido mínimo.

Sin perjuicio de ello, con relación a la exigencia de que el contrato a tiempo parcial sea celebrado por escrito, cabe indicar que esta “*permite al trabajador conocer la peculiaridad de su vínculo laboral, con el fin de evitar arbitrariedades por parte del empleador [...] es parte del deber de buena fe contractual dejar en claro las reglas que han de regir la relación. El derecho de información será una de las bases fundamentales de todo sistema de contratación*” (Arce, 2006, pág. 36).

En ese sentido, siendo que el trabajador tiene el derecho de estar informado sobre las condiciones en las cuales se le está contratando, se le deberán comunicar las características particulares del contrato celebrado, las cuales, en el caso de los contratos a tiempo parcial en el Perú, son que su labor sea inferior a cuatro (4) horas diarias en promedio y que ciertos beneficios laborales no le sean aplicables.

Por otro lado, respecto de la presentación del contrato a tiempo parcial ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, es necesario indicar que la norma estipula que la finalidad de dicha presentación es que el contrato celebrado sea puesto en conocimiento de la autoridad y que se lleve a cabo su registro. Esta exigencia se relaciona con lo dispuesto por el literal d) del artículo 3.2 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE), aprobado por Decreto Supremo No. 004-2014-TR, el cual regula dentro de las funciones técnico-normativas de esta entidad el “establecer, conducir y supervisar los sistemas de registro de carácter administrativo para la generación de información y estadísticas nacionales en las materias de su competencia” (el énfasis es añadido). Es decir, la finalidad de registrar los contratos a tiempo parcial es poder sistematizar la información y contar con estadísticas sobre el particular.

Adicionalmente, con relación a los registros que tiene a su cargo la Autoridad Administrativa de Trabajo, Marta Tostes ha señalado que la finalidad de estos es viabilizar la administración

u operacionalización de los programas de Gobierno o, incluso, fiscalizar, comprobar y dar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones legales y/o administrativas (2012, pág. 36). En la misma línea, se expresa Manuel de Lama, quien indica que *“la información que puedan proporcionar los registros a cargo de la AAT [Autoridad Administrativa de Trabajo], resulta de vital importancia para que la inspección del trabajo pueda acopiar la data suficiente y correspondiente a fin de programar adecuadamente su labor inspectiva [...]”* (2016, pág. 8).

Como se observa, el registro de los contratos a tiempo parcial resulta fundamental de cara al manejo del sistema del Sector Trabajo, motivo por el cual es necesario que los empleadores cumplan con esta obligación cuando celebren estos contratos. Ahora bien, al respecto, cabe señalar que, en el año 2016, mediante la tercera disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo No. 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, fue eliminada la obligación de presentar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo los contratos sujetos a modalidad para su registro. En ese sentido, con motivo de dicha eliminación, el MTPE emitió el Informe No. 32-2018-MTPE/2/14.1, mediante el cual ha establecido lo siguiente: *“A partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo No. 1246, no existe la obligación de registrar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo los contratos a tiempo parcial que se encuentren sujetos a modalidad. La obligación de registro administrativo se mantiene respecto de aquellos contratos a tiempo parcial de duración indeterminada”* (el énfasis es añadido).

Si bien esta es la posición que ha sentado el MTPE con relación al registro de los contratos a tiempo parcial, cabe indicar que, tomando en consideración la finalidad del registro en sí, esta obligación debería mantenerse para la integridad de los contratos a tiempo parcial, pues la data y estadística sobre el uso del mismo se ha perdido. En efecto, se tiene que, a partir del Anuario Estadístico Sectorial del año 2016, elaborado por el MTPE, ya no se cuenta con información específica sobre la presentación de los contratos a tiempo parcial, lo cual impide llevar a cabo un estudio adecuado de esta figura.

De otra parte, como ya ha sido señalado, la normativa laboral peruana no establece un contenido mínimo para el contrato a tiempo parcial, como sí lo hace el ordenamiento español. Sobre ello, es necesario indicar que resulta de vital importancia que se otorgue información suficiente al trabajador, en aras de garantizar tanto su derecho a la información como su derecho a defensa. En ese sentido, a fin de que el trabajador pueda conocer de manera efectiva y suficiente las condiciones en las que se desarrollará el vínculo laboral con el empleador, sería idóneo que se establezca el siguiente contenido mínimo:

- 1) Causa objetiva del contrato (conforme a lo desarrollado en el presente acápite);
- 2) Jornada –reducida- y horario de trabajo;
- 3) Beneficios laborales a ser recibidos por el trabajador y exclusiones de los mismos que se aplicarían al vínculo laboral, conforme a la normativa laboral vigente.

Ahora bien, a partir de lo previamente señalado, corresponde determinar cuáles son las consecuencias de no cumplir los requisitos formales conforme lo establece la normativa laboral. Por un lado, en el ordenamiento español, *“los requisitos exigidos son [...] declarativos. Por lo tanto, su incumplimiento implica no la nulidad del CTP, sino la*

presunción iuris tantum de que se ha realizado a tiempo completo” (Ferradans, 2006, pág. 107), con lo cual el empleador podrá probar lo contrario, es decir, que se trató de un contrato a tiempo parcial. En consecuencia, si no se logra comprobar que, en los hechos, el contrato celebrado fue uno a tiempo parcial, éste deberá ser considerado como uno a tiempo completo.

Por otro lado, en el ordenamiento peruano, debido a que la regulación del contrato a tiempo parcial es insuficiente, no se establecen consecuencias claras respecto del incumplimiento de los requisitos formales. No obstante, coincidiendo con Elmer Arce, es válido señalar que, al indicar el artículo 13 del RLFE que el contrato a tiempo parcial debe ser celebrado “necesariamente por escrito”, hace a éste un requisito de validez, razón por la cual, en caso no se cumpla con el mismo, se deberá declarar la invalidez de la jornada a tiempo parcial – no del contrato en su integridad-, debiendo ser transformarse la jornada en una a tiempo completo (2008, pág. 129).

Finalmente, con relación a la obligación de presentar el contrato ante la Autoridad Administrativa de Trabajo a efectos de su registro, la consecuencia no se relaciona, propiamente, con la validez del contrato, sino que, ante una eventual fiscalización laboral llevada a cabo por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), podría imponerse al empleador una multa por infracción leve en material de relaciones laborales, conforme lo establece el numeral 23.1 del artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 019-2006-TR: “*Son infracciones leves, los siguientes incumplimientos: [...] 23.1 No comunicar y registrar ante la autoridad competente, en los plazos y con los requisitos previstos, documentación o información siempre que no esté tipificado como infracción grave*”.

II. Sujetos involucrados en el contrato a tiempo parcial

En el marco de una relación laboral, independientemente del tipo de contrato y/o de la modalidad en la prestación de servicios, se encuentra a dos partes con intereses contrapuestos: empleador y trabajador. Si bien el contrato a tiempo parcial, como es lógico, es celebrado por estas dos partes, cabe formular las siguientes preguntas: ¿Qué empleadores pueden tener interés en contratar a un trabajador a tiempo parcial? ¿Qué trabajadores se encontrarían interesados en laborar con una jornada reducida, aunque ello, en consecuencia, implique una remuneración menor? Con motivo de estas preguntas, en el presente acápite, se detallarán quiénes serían los empleadores y trabajadores tipo en el marco de una relación laboral a tiempo parcial.

Por el lado del **empleador**, se pueden distinguir las siguientes categorías:

a) Empleador individual

El empleador, por definición, es aquel que recibe o se beneficia de los servicios prestados por un trabajador en el marco de un contrato laboral. En otras palabras, es “*quien adquiere el derecho a la prestación de los servicios del trabajador y la potestad de organizar la actividad laboral, asumiendo a la vez una serie de obligaciones siendo una de las más importantes el pago de la remuneración*” (Toyama, 1998, pág. 187). De este modo, el empleador puede ser cualquier persona

natural o jurídica, ya que lo relevante para que califique como tal es que reciba la prestación de los servicios del trabajador (Toyama, 1998, pág. 187). En caso se trate de una persona jurídica, esta puede ser con fines de lucro (por ejemplo, una empresa) o sin fines de lucro (por ejemplo, una asociación), puesto que todas ellas pueden requerir de personal a tiempo parcial para llevar a cabo sus actividades.

Ahora bien, con relación al empleador en el marco de un contrato a tiempo parcial, y tomando como referencia la finalidad de esta figura, se puede señalar que éste buscará contratar trabajadores con una jornada reducida teniendo como motivo sus propios intereses o necesidades. Es decir, el empleador evaluará –o, al menos, debería evaluar- cuáles son sus necesidades productivas, acorde con la actividad que realiza, a fin de determinar qué tipo de trabajadores necesita, por cuánto tiempo los necesita, cuántas horas de labor requiere para efectos del servicio, entre otros aspectos.

Un ejemplo de la búsqueda por cubrir los intereses empresariales se presenta en el caso del sector servicios en Europa, sector en el cual se celebra la mayor cantidad de contratos a tiempo parcial. Esta situación se justifica, conforme explica Carmen Ferradans, en que *“[e]l tejido productivo actual se caracteriza por el progresivo incremento de las actividades terciarias en nuestra economía, y uno de los reflejos evidentes de ello es el desarrollo paulatino del trabajo a tiempo parcial, que se adapta a las fluctuantes necesidades de la empresa de este sector”* (2006, pág. 44).

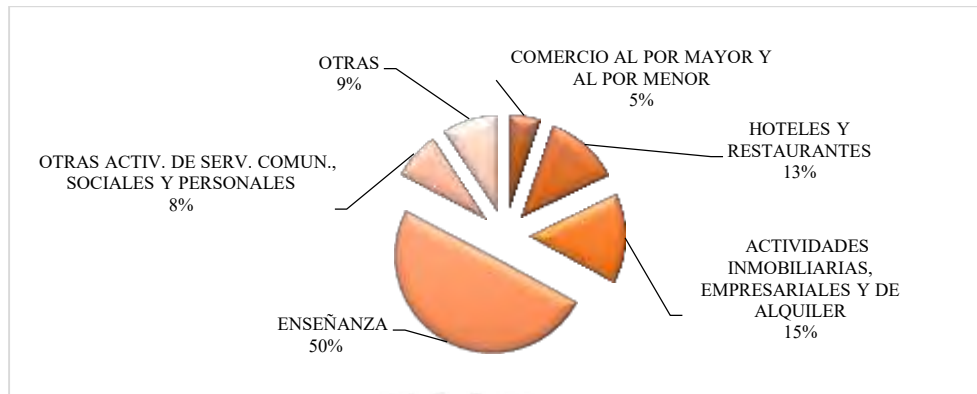
Asimismo, la autora precisa que *“[...] dentro de los servicios, la intensidad de la presencia de esta modalidad contractual es diferente en función de las diversas subramas, siendo más habitual en la hostelería, la distribución, los servicios a las empresas y otros servicios (educación, salud, servicios colectivos, sociales y personales y cuidados privado)”* (2006, pág. 44).

De igual manera sucede en el Perú, ya que el contrato a tiempo parcial resulta predominante en el sector servicios, conforme señala Manuel Saavedra:

Otra característica de la jornada a tiempo parcial es la relación de esta modalidad de empleo con el sector servicios. La participación de esta concierne algunas actividades económicas, en las cuales el trabajo a tiempo parcial se concentra en este sector, como el comercio, los hoteles y restaurantes, las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquileres. Contrariamente a los servicios, las actividades de producción en masa e industrias de capital intensivo, cuentan en mayor medida con trabajadores a tiempo completo (2011, pág. 57).

(El énfasis es añadido)

Gráfico 3. Perú: Número de contratos a tiempo parcial según actividad económica, 2015



Fuente: Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2015).

Si bien el trabajo realizado por el autor se ciñe a Lima Metropolitana, a partir del gráfico presentado se observa que, en efecto, en el Perú, el contrato a tiempo parcial tiene predominancia en el sector servicios. Así, se observa que los contratos a tiempo parcial registrados para las actividades económicas de enseñanza; actividades inmobiliarias, empresariales y de alquileres; hoteles y restaurantes; otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personal; y comercio al por mayor y al por menor (que forman parte del sector servicios); representan el 91% del total de estos contratos.

De este modo, se tiene que los empleadores que realizan actividades en el sector servicios requieren una mayor cantidad de trabajadores con jornada reducida y, por ende, en dicho sector, se celebra un importante número de contratos a tiempo parcial. En consecuencia, se puede afirmar que los empleadores del sector servicios son prototípicos respecto de esta figura.

b) Empleador grupal (grupo de empresas)

Por otro lado, con relación a los empleadores prototípicos de un contrato a tiempo parcial, se podría considerar también, dentro de ellos, a los grupos de empresas.

Los grupos de empresas son una estructura “*integrada por diversos sujetos jurídicos, cada uno formalmente independiente y revestido de personalidad jurídica propia y diferenciada, pero que sin embargo actúan bajo una dirección económica común [...]*” (Aylwin & Rojas, 2005, pág. 197). La dirección económica común, a la que se hace mención, es un elemento característico y determinante para la configuración de un grupo de empresas, y genera que las empresas que lo componen “*actú[e]n de forma coordinada, obedeciendo a una planificación común de recursos y a una política empresarial conjunta, diseñada por la sociedad dominante o sociedad matriz*” (Castello, 2007, pág. 167).

Al respecto, es importante señalar que esta planificación común de recursos puede involucrar, en algunos casos, al personal que presta servicios para las empresas del grupo. De esta manera, en la estructura de un grupo podría determinarse, por ejemplo, que ciertos trabajadores presten servicios en jornada a tiempo parcial, por la mañana, en una de las empresas del grupo; y, luego, por la tarde, en otra de ellas, igualmente a tiempo parcial.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que, en el Perú, en estos supuestos en los que las empresas del grupo “comparten” personal, se deberá cumplir con el registro del trabajador a tiempo parcial en cada una de las empresas beneficiadas con su labor, a fin de garantizar los derechos que le corresponden. Ello, debido a que la normativa laboral peruana no contempla al grupo de empresas como empleador. En caso sucediera lo contrario, es decir, si se contratara a tiempo parcial a un trabajador y, luego, éste prestara servicios para varias empresas del grupo sin contar con vínculos laborales distintos, se produciría un supuesto de cesión o provisión de personal ilícito (se explicará en el punto 3.1). Inclusive, podría declararse al grupo de empresas como fraudulento, al haberse producido un indicio (confusión de personal) que permitiría afirmar que se trata de una sola empresa y no de un grupo.

Por otro lado, con relación a los **trabajadores**, es importante mencionar que, bajo la premisa de que la finalidad de los contratos a tiempo parcial debería ser atender las necesidades de la empresa y, al mismo tiempo, conciliar la vida laboral y personal del trabajador –aspecto desarrollado en el acápite I-, existen determinados colectivos que serían los principales interesados en celebrar contratos a tiempo parcial, como son los siguientes:

a) Mujeres / Madre trabajadora

Dentro de las clases de trabajadores prototípicos que son contratados a tiempo parcial, se encontrarían, en primer lugar, las mujeres y, dentro de esta categoría, las madres trabajadoras. Esta afirmación se justifica en la presencia fuertemente arraigada de estereotipos de género tradicionales en la sociedad, los cuales evocan, por un lado, la imagen del hombre como sustento de la familia -y, en consecuencia, trabajador a tiempo completo-; y, por otro, la imagen de la mujer como aquella que labora menos horas y que se hace cargo de las tareas domésticas (Kjeldstad & Nymoen, 2012, págs. 97-98). Dicho de otro modo, estos estereotipos se relacionan con el modelo tradicional de familia: “padre-proveedor” y “madre-cuidadora” (Saavedra, 2011, pág. 56).

Al respecto, en palabras de Kjeldstad y Nymoen, la situación descrita lleva a que, “[e]n la mayoría de los casos, el efecto del género es [sea] más importante que el de los recursos relativos de uno y otro miembro de la pareja cuando se trata de decidir la repartición de tareas entre ellos” (2012, pág. 98). Esto significa que, independientemente de cuánto sea lo que cada uno de los miembros de la pareja gane o pudiera generar por su trabajo, va a tomarse como factor determinante el género, a fin de decidir cuál de los dos se encargará de las labores domésticas y/o en qué proporciones realizarán las mismas. En ese sentido, tomando como referencia el

enfoque antes comentado, se tendrá como resultado que, en la mayoría de casos, sea la mujer quien asuma la mayor parte de tareas domésticas.

En adición a lo anterior, y estrechamente ligado al enfoque de género planteado, se encuentra el factor de la maternidad, aspecto que, objetivamente, trae consigo la necesidad de tiempo para el cuidado de los hijos, sobre todo, cuando se encuentran en edad infantil. Respecto de este punto, Kjesldstad y Nymoen han señalado lo siguiente:

Un elemento común a los trabajos de McRae, de Crompton y de la mayor parte de las analistas feministas es considerar que la maternidad es uno de los principales factores que determinan las opciones de las mujeres a la hora de elegir entre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a tiempo completo durante ese período de su vida, y que su potencial papel de madres y dispensadoras de cuidado contribuye también a estructurar sus opciones en el mercado laboral tanto antes como después de dicho período. En los hombres se produce la situación contraria, pues se da por supuesto que, como padres, acrecentarán su motivación por el trabajo de cara a la obtención de ingresos (2012, pág. 99).

(El énfasis es añadido)

A partir de esta cita, se puede concluir que la maternidad, en tanto implica una labor de cuidado, genera una preferencia en las mujeres por los contratos a tiempos parcial; contrario a lo que sucede en el caso de los hombres, quienes se ven a sí mismos obligados, precisamente en su calidad de “hombres” o “padres de familia”, a sostener la economía de la familia y a trabajar a tiempo completo para ello.

Considerando lo previamente señalado, se puede concluir que la mujer y, en específico, la madre trabajadora, califican como una clase de trabajador prototípico de los contratos a tiempo parcial. Sobre el particular, resulta pertinente hacer mención de la realidad europea, respecto de la cual Carmen Ferradans comenta lo siguiente:

El TPP [trabajador a tiempo parcial] típico de la UE es de sexo femenino, concretamente casi el 80% del total de trabajadores a tiempo parcial. La causa de que las mujeres ocupen mayoritariamente los empleos a tiempo parcial se encuentra en que habitualmente esta forma de trabajo ha facilitado su integración en la población activa, puesto que les permite conciliar la vida laboral y familiar, al poder disponer de una mayor cantidad de tiempo libre; como contrapunto, esta concepción contribuye a perpetuar los estereotipos existentes, que adjudican a las mujeres los trabajos a tiempo parcial con todos los riesgos de discriminación y segregación ocupacional que ello conlleva (2006, pág. 42).

(El énfasis es añadido)

La situación descrita por la autora, es decir, la predominancia de la mujer en la contratación a tiempo parcial, corresponde a la Europa del año 2003, y señala que esta tendencia se refleja también en España. Al respecto, es relevante señalar que, a pesar de la crisis que iniciara entre los años 2007 y 2008, la mujer se mantuvo como una de las categorías más contratadas a tiempo parcial, superando por mucho la tasa de actividad masculina a tiempo parcial. Con relación a esta situación, Moral, García y Bote han explicado lo siguiente:

[...] la crisis no ha alterado de manera significativa las características del empleo parcial. A grandes rasgos, cabe señalar que el efecto marginal en la probabilidad de trabajo a tiempo

parcial es más frecuente en mujeres, especialmente cuando están casadas, con educación no universitaria y que trabajan en actividades del sector servicios (incluido el trabajo remunerado en el hogar) [...] (2012, pág. 226).

(El énfasis es añadido)

De esta manera, se puede concluir que la crisis suscitada no pudo debilitar los estereotipos de género en la sociedad, ya que, de acuerdo a lo indicado por los autores, la proporción de contratación a tiempo parcial de mujeres se mantuvo durante esta etapa y, además, fue más frecuente en mujeres casadas; lo cual coincide con la teoría del reparto de funciones domésticas antes presentada.

Por otro lado, con relación al caso peruano, se observa que la mujer también se encuentra dentro de los grupos de trabajadores prototípicos que son contratados a tiempo parcial. Incluso, esta situación ha sido confirmada a través de un estudio realizado por Manuel Saavedra sobre el empleo a tiempo parcial en Lima Metropolitana, quien, sobre el particular, señala lo siguiente:

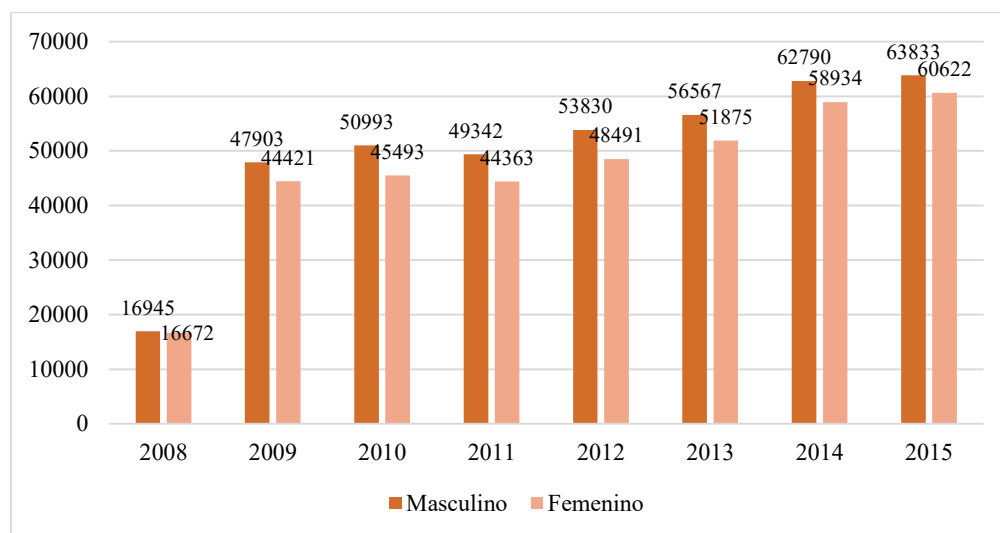
Las razones sociológicas y culturales, tales como la distribución de tareas en el hogar y el modelo de familia antes mencionado, combinado con razones institucionales como, por ejemplo, carecer de facilidades para la crianza de los hijos, demuestran por qué las mujeres están más dispuestas a trabajar a tiempo parcial que los hombres y fraccionan su tiempo al integrarse al mercado laboral (2011, pág. 56).

(El énfasis es añadido)

Como se observa, los motivos por los cuales se produce una preferencia por parte de las mujeres hacia los contratos a tiempo parcial coinciden con los factores a los que se hizo referencia previamente; es decir, los estereotipos de género tradicionales –que también se encuentran fuertemente arraigados en el Perú– y la búsqueda de conciliación entre la vida personal y laboral a causa de la maternidad.

Sin perjuicio de esta coincidencia, es relevante indicar que, a diferencia de lo que sucede en Europa, en general, y en España, en particular, se observa que la fuerza de trabajo femenina a tiempo parcial en el Perú no es mayor a la masculina, conforme se muestra a continuación:

Gráfico 4. Lima Metropolitana: Número de contratos a tiempo parcial según sexo, 2008-2015



Fuente: Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2008-2015).

Con relación a las cifras que se observan en el gráfico, es importante hallar –o, al menos, aproximarse a ello– un motivo por el cual existiría esta diferencia entre el número de contratos a tiempo parcial celebrados con hombres y aquellos celebrados con mujeres.

Sobre el particular, en primer lugar, estas cifras podrían llevar a considerar que, si bien los estereotipos de género se encuentran presentes en el Perú –pues la diferencia entre hombre y mujeres no es sustancial–, no lo están al nivel de Europa, donde la contratación a tiempo parcial de mujeres equivale a casi el 80%.

En segundo lugar, podría pensarse también que, a pesar de la presencia de los estereotipos de género tradicionales en la sociedad, la diferencia entre hombres y mujeres se debe a que el contrato a tiempo parcial se habría desvirtuado y, en consecuencia, se estaría utilizando para contratar en cualquier situación, sin tomar en consideración la finalidad que, idealmente, debería buscar el mismo –esbozada en el acápite 1.2 del presente trabajo–; es decir, sin que tenga como objeto satisfacer los intereses propios de la actividad empresarial y lograr conciliar la vida personal y laboral del trabajador.

Finalmente, en tercer lugar, el gráfico antes mostrado podría llevar a concluir que, en el contexto peruano, las mujeres prefieren autoemplearse –es decir, generar su propio empleo– (Saavedra, 2011, pág. 56) antes que laborar a tiempo parcial, a pesar de que el autoempleo, en muchos casos, requiere una mayor cantidad de horas que las que se trabajaría en una jornada a tiempo parcial. La explicación de esta situación podría encontrarse relacionada i) con la falta de flexibilidad en los horarios, pues, de acuerdo con Saavedra, en el modelo de “madre-cuidadora” (presente en el Perú), no solo se

requiere de una jornada flexible –entiéndase, reducida-, sino también de horarios flexibles (2011, pág. 56); o ii) con el hecho de que la jornada estipulada, en muchos casos, no se respete, obligándose a la trabajadora a exceder la misma.

A modo de síntesis, se tiene que la mujer y la madre trabajadora representan una clase de trabajador prototípico de los contratos a tiempo parcial. Si bien la proporción de su contratación respecto de la fuerza laboral masculina puede variar, los estereotipos de género tradicionales y, por ende, la búsqueda de la conciliación de la vida personal y laboral, son factores que las mantiene como uno de los sujetos típicos de estos contratos.

b) Estudiantes

Otra de las categorías prototípicas del contrato a tiempo parcial son los estudiantes. La razón de ello se encuentra en que las personas que estudian tienen la necesidad de dividir su tiempo entre los estudios profesionales (sean universitarios o técnicos) y el trabajo, a fin de ganar experiencia laboral respecto de dichos estudios. De este modo, dentro de sus requerimientos, se encuentra poder conseguir un empleo que les permita laborar pocas horas y, así, poder asistir a clases y cumplir con (e, incluso, financiar) sus obligaciones académicas.

Es así que el contrato a tiempo parcial se configura como una herramienta que, precisamente, permite a los estudiantes poder satisfacer esa necesidad, pues, conforme fue desarrollado en el acápite 1.2, la finalidad de esta modalidad en la prestación de los servicios es poder conciliar la vida personal y la vida laboral de los trabajadores. En ese sentido, coincidiendo con Moral, García y Bote, “[d]esde el punto de vista de los trabajadores, la flexibilidad [del contrato a tiempo parcial] permite a éstos [...] simultanear la realización de estudios o prácticas formativas con el desempeño de una actividad laboral”. (2012, pág. 216).

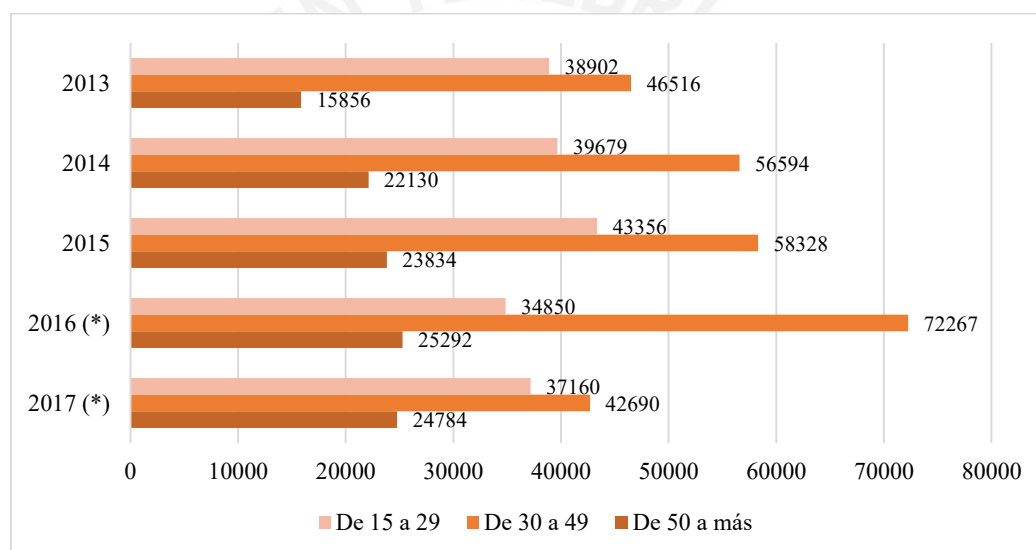
Es decir, en buena cuenta, el contrato a tiempo parcial brinda un importante beneficio o ventaja en favor de los estudiantes, pues una jornada a tiempo completo no les permitiría o, al menos, dificultaría la consecución de sus objetivos profesionales. Ello, debido a que no tendrían las facilidades para realizar ambas actividades a la vez y, en consecuencia, tendrían que elegir solo una de ellas.

En adición a lo anterior, es preciso señalar que un tema estrechamente relacionado con los estudiantes que son contratados a tiempo parcial, es la edad del trabajador, puesto que, en la mayor parte de los casos, los estudiantes son personas jóvenes, entre los 17 y 25 años, en promedio. Cabe indicar, al respecto, que los jóvenes califican como un colectivo “atractivo” para los empleadores, en tanto representan “una oferta relativamente de bajo costo y con flexibilidad laboral” (Saavedra, 2011, pág. 56) y ello implica, a su vez, que sean considerados como potenciales titulares de un trabajo a tiempo parcial. De esta manera, si se analizan las edades de las personas que suscriben contratos bajo esta modalidad de prestación de servicios, se llega a la conclusión de que una parte significativa de estos han sido suscritos con gente joven.

Un ejemplo de ello es el caso europeo, respecto del cual Carmen Ferradans ha sido clara al señalar lo siguiente: “*En adición al sexo existe un elenco de rasgos que coadyuvan a configurar el perfil del TTP estándar en la UE. Entre estos se encuentra el factor edad, que nos muestra que los hombres ocupan puestos de trabajo a tiempo parcial de forma coyuntural, en edades extremas, es decir cuando son jóvenes, para compatibilizar formación y trabajo [...]*” (2006, págs. 43-44).

Ahora bien, en el Perú, al igual que en Europa, se cuenta con una gran proporción de gente joven con la cual se ha celebrado contratos a tiempo parcial. De manera específica, desde el año 2013 al año 2017, los contratos a tiempo parcial celebrados por personas de 15 a 29 años han representado el segundo mayor rango de edad del total de estos contratos, conforme se puede observar en el siguiente gráfico:

Gráfico 5. Perú: Promedio de trabajadores a tiempo parcial del sector privado por rango de edad, 2013-2017



(*) Los datos consignados para los años 2016 y 2017 en los rangos “De 15 a 29” y “De 30 a 49” corresponden a los datos brindados para los rangos de 14 a 25 y de 26 a 49, respectivamente, contenidos en los anuarios correspondientes.

Fuente: Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2013-2017).

Cabe señalar, no obstante, que el rango de edad con mayor cantidad de contratos a tiempo parcial celebrados es el de 30 a 49 años. Si bien este rango ya no califica propiamente como “jóvenes”, puede darse el caso que en este grupo se encuentren aquellas personas que no tuvieron la oportunidad de estudiar cuando fueron jóvenes y lo están haciendo a una edad adulta. Asimismo, el volumen de este rango puede deberse, incluso, a la presencia de las madres trabajadoras, considerando lo desarrollado en el punto a) anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, la cantidad de contratos a tiempo parcial celebrados con personas de este rango de edad –considerablemente mayor al rango previo- debe

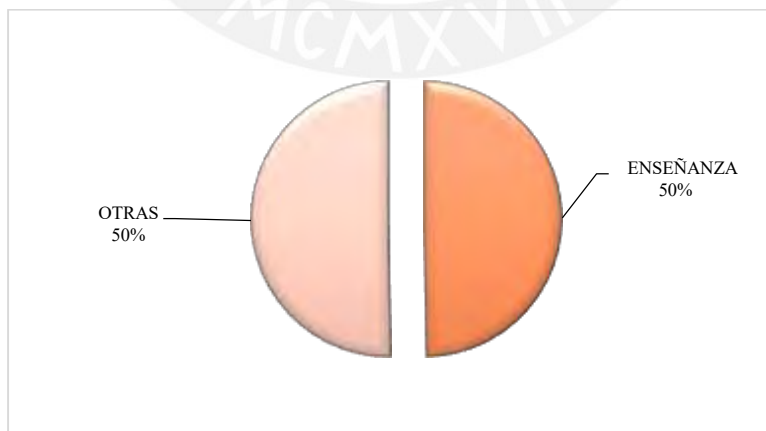
encontrar verdadera justificación en que, como fuera señalado previamente, el contrato a tiempo parcial se ha desvirtuado y, en consecuencia, los empleadores lo utilizan sin tomar en consideración la finalidad de los mismos.

En concordancia con todo lo previamente desarrollado, se observa que, en el Perú, los colectivos que serían o deberían ser los principales beneficiarios de los contratos a tiempo parcial, en los hechos, no califican como tales. Esta situación se justifica –sin perjuicio de los motivos antes expuestos- en que los contratos a tiempo parcial, en el Perú, i) no cuentan con una finalidad específica, ii) restringen ciertos beneficios sociales y que, iii) por ende, califican como contratos precarios. En ese sentido, de ser contratados a tiempo parcial dichos colectivos, estos se verían segmentados y perjudicados en lo que a sus derechos laborales se refiere. Este panorama dista de lo que sucede en Europa, en donde –como ha sido explicado previamente- tanto el colectivo femenino como los estudiantes son los principales beneficiarios y se les otorga todos los derechos que, por ley, les corresponde de manera proporcional respecto de un trabajador a tiempo completo.

Adicionalmente, es importante recordar que, como efecto de que la normativa laboral peruana no considera en su regulación la finalidad de los contratos a tiempo parcial para efectos de su celebración, se deja abierta la posibilidad de que estos puedan ser celebrados con cualquier trabajador. Precisamente, por este motivo, sucede que, en el Perú, también califican como trabajadores a tiempo parcial prototípicos aquellos que laboran en el sector servicios (conforme fuera explicado previamente sobre el empleador a tiempo parcial).

En específico, se tiene que los profesores configuran el grupo de trabajadores que es contratado a tiempo parcial en mayor proporción. Tal como se observa en el siguiente gráfico, en el año 2015, los contratos a tiempo parcial para la actividad de enseñanza representaron el 50% del total de los contratos a tiempo parcial celebrados en dicho año:

Gráfico 6. Perú: Número de contratos a tiempo parcial según actividad económica, 2015



Fuente: Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2015).

Al respecto, como es conocido, los profesores –ya sean de colegios, institutos, universidades, academias, entre otros- pueden ser contratados a tiempo completo o a tiempo parcial para el

ejercicio de distintas labores académicas; contratación que dependerá de las necesidades productivas del centro educativo.

Dentro de estas necesidades productivas u objetivos de los centros educativos, que justifican una contratación de profesores a tiempo parcial, se encuentran las siguientes (López, Ponce, Pérez, Montero, & Rojas, 2016):

- 1) Impartir clases en determinados horarios o para determinadas asignaturas;
- 2) Realizar tareas de investigación académica; y,
- 3) Llevar a cabo labores de gestión y difusión académica.

Como se observa, estas actividades resultan inherentes al desarrollo de un centro educativo, independientemente de si éste es escolar, universitario, técnico, entre otros. En ese sentido, considerando lo previamente indicado, se puede concluir que, en el Perú, la contratación a tiempo parcial no se limita al doble beneficio consistente en conciliar la vida laboral con la personal y en atender las necesidades empresariales; sino que también se permite la celebración de estos contratos para atender **exclusivamente** las necesidades empresariales del empleador (como sucede en el caso de los centros educativos).

Esta situación se condice con lo expresado por Kjeldstad y Nymoen, quienes indican que *“las empresas crean a veces puestos de ese tipo [a tiempo parcial] porque es la única manera de satisfacer determinadas necesidades de plantilla”* (2012, pág. 101). No obstante, no se condice con la finalidad de los contratos a tiempo parcial, pues se presentan casos en los cuales los profesores contratados no buscan o no necesitan conciliar su vida personal y laboral.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes indicado, es importante señalar que pueden presentarse casos en los cuales los profesores (trabajadores) requieran realizar estudios adicionales (por ejemplo, una maestría, un diplomado), situación en la cual sí podría afirmarse que se estaría cumpliendo con la finalidad antes indicada.

III. Supuestos de fraude en los contratos a tiempo parcial

Considerando que los contratos a tiempo parcial permiten contratar labores subordinadas con una jornada de trabajo reducida, surge la posibilidad de que se generen situaciones que califiquen como fraudulentas, es decir, en las que se produzca un fraude a la ley.

Sobre el particular, es preciso definir al fraude a ley como aquella situación que implica *“la realización de un resultado contrario al derecho: la evitación por el sujeto de derecho de una regla de conducta imperativa, a la cual tenía la obligación de obedecer y atender”* (Díez-Picazo, 1992, pág. 9). Para estos efectos, dicho sujeto realiza *“un acto que se ampara en una “norma de cobertura”, para evadir los efectos de una norma imperativa, denominada “norma defraudada””* (Espinoza, 2004, pág. 246).

Dicho de otro modo, el fraude a la ley se presenta cuando se llevan a cabo actos que, *“si bien han sido realizados al amparo del texto de una norma, persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él”* (Osterling, 2010, pág. 22). Es a partir de esta

definición que se puede arribar a la conclusión de que, precisamente, mediante la figura del fraude a la ley, el empleador podría hacer uso de los contratos a tiempo parcial, a fin de beneficiarse de las condiciones especiales que éste trae consigo, pero teniendo como efecto que, en los hechos, el trabajador cumpla una jornada a tiempo completo.

A continuación, serán abordadas las eventuales situaciones de fraude que podrían producirse en el marco de una contratación a tiempo parcial.

3.1 Circulación de trabajadores dentro de un grupo de empresas

Conforme fuera indicado en el acápite II, los grupos de empresas son una estructura compuesta por varias personas jurídicas independientes, pero que actúan con una dirección económica común, la cual implica que obedezcan a una planificación común de recursos, dentro de los cuales -como fuera indicado también- se encontraría el personal contratado por las empresas que lo componen.

Dicho personal, en virtud de lo antes indicado, puede circular entre las empresas del grupo; circulación que puede llevarse a cabo en virtud de contratos de trabajo celebrados con cada una de las empresas donde el trabajador preste servicios, o manteniendo un solo vínculo laboral con solo una de las empresas, la cual pondrá al trabajador a disposición de las demás que conforman el grupo (Ferradans, 2006, pág. 226).

De esta manera, tomando en consideración lo anterior, podrían surgir las siguientes dos situaciones de fraude en el marco de una contratación a tiempo parcial:

a) Contratación fraudulenta en dos o más empresas del grupo

La primera situación de fraude que podría surgir es que se contrate a tiempo parcial a un mismo trabajador en dos o más empresas del grupo, pero que, en la práctica, ejecute labores a tiempo completo en una de ellas.

Sobre el particular, es importante señalar que, en principio, es válido que dos empresas del mismo grupo contraten al mismo trabajador. En palabras de Carmen Ferradans, *“es factible que el trabajador circule entre las distintas empresas mediante actos jurídicos formalizados entre los distintos establecimientos”* (2006, pág. 226). Sin embargo, podría suceder que las contrataciones realizadas tengan una finalidad fraudulenta.

Así, por ejemplo, podría ocurrir que se contrate a un recepcionista en dos empresas del grupo, a fin de prestar servicios en una por la mañana (v.g. de 8:30 am a 12:00 m) y en otra por la tarde (v.g. de 02:00 a 05:30 pm). Sin embargo, sucede que, en los hechos, el trabajador labora hasta las 3:00 pm en la primera empresa y solo de 3:30 a 5:30 pm en la segunda, con lo cual se produciría un supuesto de fraude a la ley, dado que estaría laborando más de cuatro (4) horas en la primera empresa y, por ende, estaría prestando un servicio a tiempo completo en favor de esta –conforme con la normativa laboral peruana-. De esta manera, solo estaría cumpliendo una labor a tiempo parcial respecto de la segunda empresa.

En este caso, el fraude a la ley se habría producido debido a que se utilizó un contrato válido (a tiempo parcial) para iniciar un vínculo laboral con el trabajador en dos empresas del grupo. No obstante, los contratos celebrados buscaban encubrir una relación laboral a tiempo completo con una de las empresas, a fin de evadir el pago de todos los beneficios laborales que correspondían en favor del trabajador.

Esta situación de fraude traería consigo, ante un eventual reclamo vía judicial por parte del trabajador, que el vínculo laboral que mantiene con la primera empresa sea declarado a tiempo completo desde el inicio y, por ende, se ordene el pago de los beneficios laborales que el trabajador no percibió durante el tiempo que el contrato fue ejecutado como si fuera uno a tiempo parcial.

Con relación a esta eventual situación, es propicio señalar que se podría evitar su producción si, como se indicó en el acápite I, los contratos a tiempo parcial incluyeran una cláusula que contenga la causa objetiva de los mismos, es decir, que regule su finalidad, pues esta necesariamente debería encontrarse dirigida a cubrir las necesidades de la empresa correspondiente y a lograr la conciliación de la vida personal y laboral del trabajador. De este modo, se aseguraría que la contratación a tiempo parcial tenga una verdadera justificación y que, por ende, en la práctica, sea ejecutada como tal.

Así, en el ejemplo antes planteado, por parte del trabajador, la contratación a tiempo parcial con cada una de las empresas (en una por la mañana y en otra por la tarde) podría justificarse en la necesidad de realizar estudios universitarios en horario nocturno. Mientras que, por parte de las empresas, dicha contratación podría estar justificada en que, debido a una decisión empresarial, cuentan con dos turnos de trabajo en el área de recepción, los mismos requieren ser cubiertos para cumplir la jornada laboral diaria.

Ahora bien, es importante precisar que los motivos que sustentan la necesidad de contar con un trabajador a tiempo parcial deberán mantenerse durante todo el tiempo de vigencia del contrato a tiempo parcial, pues lo que suceda en los hechos durante la ejecución del contrato deberá guardar correspondencia con los motivos que dieron lugar al mismo.

b) Circulación de trabajador contratado por una empresa del grupo

Por otro lado, una segunda situación de fraude que podría producirse dentro de un grupo de empresas se daría en el contexto en el cual un trabajador es contratado a tiempo parcial por una de ellas, pero que, en la práctica, realiza también labores en favor de otras empresas del grupo, obedeciendo *“a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas”* (Ferradans, 2006, pág. 226). Al respecto, tal como indica Carmen Ferradans, *“es posible que se mantenga el contrato inicial y la empleadora ponga el trabajador a disposición de las demás empresas del grupo [...]”* (2006, pág. 226).

En dicho contexto, podría suceder que la suma de las horas utilizadas para la prestación de servicios en favor de las otras empresas del grupo sea mayor a la jornada a tiempo parcial, con lo cual, en este supuesto, también estaría siendo utilizada una figura válida (contrato a tiempo parcial) para encubrir una relación que, en realidad, debería haber sido celebrada contemplando todos los beneficios laborales que le corresponden a un trabajador a tiempo completo.

A modo de ejemplo, un trabajador es contratado a tiempo parcial por la empresa “X” -perteneciente al grupo de empresas “XYZ”-, indicándose en su contrato que cumplirá con una jornada diaria (de lunes a viernes) de tres horas y media (3.5) diarias. Sin embargo, sucede que el trabajador labora para la empresa “X” dos horas y media (2.5) al día, luego de lo cual se le solicita prestar servicios por dos (2) horas diarias en favor de la empresa “Y”. Ante esta situación, el trabajador cuestiona lo que respecta a su jornada, puesto que, en su contrato se indica una jornada, pero, en la práctica, lleva a cabo una jornada mayor (la cual, para el ordenamiento jurídico peruano, conlleva que al trabajador contratado se le otorguen todos los beneficios laborales como a un trabajador a tiempo completo).

Con relación al ejemplo brindado, se observa la existencia de una relación laboral (formal) entre la empresa “X” y el trabajador. Ahora bien, considerando que los grupos de empresas siguen una dirección económica unitaria, ello puede traer consigo, entre otros, que se lleve a cabo una cesión de personal hacia las otras empresas que los conforman (Castello, 2007, pág. 169), con la finalidad de garantizar sus intereses económicos comunes, tal como fuera indicado con anterioridad. No obstante, dicha cesión debería realizarse dentro del horario que fuera pactado con el trabajador.

De esta manera, en el caso planteado, se observa un supuesto de contratación a tiempo parcial fraudulenta, ya que, en los hechos, se estaría configurando una relación de trabajo a tiempo parcial con cada una de las empresas para las que el trabajador presta servicios. En este supuesto, el trabajador podría solicitar el reconocimiento como trabajador a tiempo parcial en la empresa “Y”, la cual deberá pagarle todos los beneficios que le corresponda por ley, en caso su solicitud sea amparada (además de formalizar la celebración del contrato por escrito).

Ahora bien, es preciso indicar que también podría considerarse que, en realidad, la relación de trabajo entre la empresa “X” y el trabajador configura una relación a tiempo completo encubierta. Ello, considerando lo señalado por Alejandro Castello, quien expresa que *“debe refutarse por incorrecta la hipótesis de que el servicio realizado simultáneamente para varios integrantes del grupo pueda generar el derecho a recibir más de una retribución o prestación [...] Este criterio conduce, además, a considerar que todo el tiempo trabajado para diferentes unidades del grupo se consolida en una única relación de trabajo, por lo que la jornada es una sola”* (2006, pág. 205).

A partir de esto último, se podría aseverar que las horas laboradas por el trabajador tanto para la empresa “X” como para la “Y” forman parte de una misma jornada de

trabajo, con lo cual se concluye que el contrato a tiempo parcial celebrado con el trabajador es fraudulento, en tanto se buscó encubrir una jornada a tiempo completo de cuatro horas y media (4.5) diarias.

Esta situación de fraude -al igual que en el caso planteado en el punto a)- traería consigo que, ante un eventual reclamo vía judicial por parte del trabajador, el vínculo laboral que éste mantiene con la empresa “X” sea declarado a tiempo completo desde el inicio y, por ende, se ordene el pago de los beneficios laborales que el trabajador no percibió durante el tiempo que el contrato fue ejecutado como si fuera uno a tiempo parcial.

Sin perjuicio de lo antes indicado, es preciso señalar que el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con una regulación laboral respecto de los grupos de empresas, motivo por el cual estos grupos no son considerados normativamente como empleadores. De este modo, en los casos en que un trabajador preste servicios en favor de más de una empresa del grupo, cada una de ellas debería ser considerada empleadora de aquel de manera independiente; es decir, mediante contratos separados con la jornada que corresponda.

Aunado a ello, es importante señalar que tampoco está permitido que una empresa del grupo (que debería ser la dominante) contrate a un trabajador para luego cederlo a las otras empresas del grupo, puesto que la normativa laboral peruana no permite la cesión o simple provisión de trabajadores; por el contrario, la califica como ilícita, excepto en los siguientes casos⁴:

- 1) Cuando se produce el destaque de trabajadores de conformidad con lo regulado por la Ley No. 27626, ley que regula la intermediación laboral; su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias.
- 2) Cuando se produce el desplazamiento continuo de trabajadores de una empresa tercerizadora a una empresa principal, de acuerdo con lo regulado por la Ley No. 29245, Ley que regula los servicios de tercerización; su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2008-TR; y sus normas complementarias y modificatorias;
- 3) En casos de tercerización sin desplazamiento continuo a la empresa principal.
- 4) En caso de provisiones de obras y servicios sin tercerización.

Considerando que el ejemplo planteado en el presente punto configuraría un supuesto de cesión de personal prohibido en el ordenamiento peruano -pues no se encuentra dentro de los supuestos antes listados-, sería aún más evidente el fraude a la ley que se produce con la celebración del contrato a tiempo parcial para contratar al trabajador en cuestión.

⁴ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto Supremo No. 006-2008-TR.

Finalmente, es importante señalar que, en los dos casos antes planteados (a y b), sin perjuicio de las acciones que pueda tomar el trabajador contra la empresa empleadora, se generará un supuesto de “responsabilidad solidaria” respecto de la(s) empresa(s) involucradas en el fraude a la ley cometido con la celebración a tiempo parcial. En ese sentido, el trabajador tendrá la opción de dirigirse a cualquiera de estas empresas a efectos de reclamar el cumplimiento y/o pago de los beneficios laborales que le correspondan (Baz, 2002, pág. 169).

En lo que respecta a Perú, a pesar de no contar con una regulación sobre los grupos de empresas, jurisprudencialmente se ha establecido que, en los casos en que exista un grupo de empresas o que se produzca un fraude que genere un perjuicio en los derechos laborales de los trabajadores, habrá responsabilidad solidaria. De este modo, el Pleno Jurisdiccional Laboral Nacional del año 2008 ha sido claro al concluir lo siguiente: *“Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores. [...]”* (El énfasis es añadido).

3.2 Realización de horas extras

Otra situación de fraude que puede producirse, en el marco de un contrato a tiempo parcial, es la realización de horas extras, también conocidas como trabajo en sobretiempo. A fin de explicar el supuesto planteado, resulta necesario definir, en primer lugar, qué son las horas extras.

Las horas extras se definen como aquellas que se laboran por encima de la jornada ordinaria y, conforme lo indica Américo Plá, tienen las siguientes características (1993, pág. 291):

- 1) Son la prolongación de la jornada normal.
- 2) No constituyen una prolongación prevista de antemano.
- 3) No se debe tratar de un puesto distinto.

De esta manera, a partir de las características brindadas por el autor, se tiene que las horas extras configuran un tiempo de **trabajo extraordinario**, el cual podrá ser realizado al inicio o al final de la jornada. Asimismo, su realización se origina por alguna necesidad empresarial que pueda surgir, puesto que no debe tratarse de una situación que haya sido prevista –por su misma calidad extraordinaria–; y, además, el trabajador deberá realizarlas en el marco de las funciones propias de su puesto de trabajo, y no en reemplazo de otro trabajador. En tal sentido, de acuerdo con lo indicado Renato Mejía -quien cita a Alfredo Montoya- sucede que *“las horas extraordinarias habituales (llamativa contradicción en los términos) serían en realidad una desnaturalización de la figura, a la que se recurriría más que para atender las necesidades anormales de la empresa, para eludir a la contratación de nuevos trabajadores”* (2012, pág. 322).

En adición a las características antes señaladas, es preciso indicar que las horas extras son de **carácter voluntario** para el trabajador, razón por la cual la imposición de su realización por parte del empleador *“vulneraría el derecho a la libertad de trabajo”* (Lizares, 2019, pág.

25). Asimismo, este carácter voluntario implica que, finalmente, “*es determinación del trabajador efectuarlas [las horas extras] o no*” y, en consecuencia, deberá existir “*libre acuerdo entre el trabajador y el empleador*” para su ejecución (Arce, 2013, pág. 441).

Asimismo, es importante indicar que, en el Perú, la realización de horas extras por parte del trabajador, genera el derecho a un pago adicional que compense dicha labor. En el caso del ordenamiento peruano, se establece un pago –adicional al valor de las horas extras realizadas– de una sobretasa del 25% por las primeras dos (2) horas trabajadas en exceso, del 35% a partir de la tercera hora extra en adelante, y del 100% a todas las horas trabajadas en sobretiempo cuando el trabajador demuestre que fue obligado a laborarlas, es decir, cuando la labor no fue voluntaria (esta sobretasa se regula como una indemnización en favor del trabajador).

Ahora bien, luego de haber explicado brevemente qué son las horas extras, y tomando en consideración el extracto del texto de Renato Mejía previamente citado, puede afirmarse que se producirá un supuesto de fraude al celebrarse un contrato a tiempo parcial y –contrario a la naturaleza extraordinaria de las horas extras– el trabajador realice labor en sobretiempo con regularidad, al punto que torne la jornada a tiempo parcial en una mayor a cuatro (4) horas diarias en promedio y, por ello, deba otorgársele todos los beneficios correspondientes a una jornada a tiempo completo. Ello sucedería, por ejemplo, en el caso de un trabajador contratado a tiempo parcial, cuya jornada diaria promedio es de tres horas y media (3.5), que labore también, de forma interdiaria, dos (2) horas extras. En este caso, si bien dichas horas pueden ser debidamente remuneradas con la sobretasa correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto por la normativa laboral peruana, la jornada del trabajador en cuestión ya no calificaría como una a tiempo parcial, puesto que, si se suman las seis (6) horas extras (2 horas por tres días) a la jornada semanal de 17.5 horas (3.5 horas por cinco días), se tiene una jornada total cumplida de 23.5 horas a la semana (4.7 horas diarias en promedio).

En ese sentido, si esta jornada se repite de manera regular, es decir, si no se trata de horas que, realmente, configuren tiempo extraordinario de trabajo, se observa con claridad el fraude a la ley producido, el cual termina por desnaturalizar el contrato celebrado, puesto que el empleador se habría valido de un contrato a tiempo parcial para contratar a un trabajador con beneficios reducidos, buscando encubrir una relación a la que –conforme se aprecia de los hechos– le corresponderían los beneficios de una jornada a tiempo completo.

Es importante señalar, sobre el particular, que la realización de horas extras, además de que deba ser extraordinaria, se encuentra “*sujeta a dos limitaciones importantes: al principio de proporcionalidad y a la definición del trabajo a tiempo parcial*” (Ginès, 2013, pág. 93). Estas limitaciones a las que se hace referencia, se encuentran estrechamente relacionadas con la finalidad que deberían tener los contratos a tiempo parcial, la cual, como fuera señalado en el acápite I del presente trabajo, es, por una parte, atender las necesidades del empleador y, por otra, conciliar la vida personal y laboral del trabajador.

De este modo, en lo que respecta a la limitación relacionada al principio de proporcionalidad, resulta necesario que la ejecución de las horas extras guarde proporción con las horas de jornada ordinaria que cumple el trabajador a tiempo parcial. Así, si el trabajador del ejemplo planteado labora tres horas y media (3.5) diarias, es decir, una jornada ordinaria de 17.5 horas

semanales, sería razonable que labore, como máximo, -por ejemplo- entre el 10% y el 15% de dicho total en sobretiempo, pudiendo hacer entre 1.8 y 2.6 horas extras en total a la semana. Ello permitiría que el trabajador pueda continuar atendiendo sus necesidades personales y cumplir con el objetivo de lograr la conciliación laboral y personal que se busca con la celebración de un contrato a tiempo parcial.

Por su parte, y con respecto a esto último, la limitación relacionada con la definición del trabajo a tiempo parcial conlleva que la realización de horas extras, en el marco de un contrato a tiempo parcial, tenga que guardar correspondencia con la finalidad de este tipo de contratos, motivo por el cual no se debe perder de vista el doble beneficio (por un lado, para el empleador, y, por otro, para el trabajador) que tendría que generarse. Es decir, el trabajo en horas extraordinarias no debería traer consigo que la finalidad buscada con la celebración del contrato a tiempo parcial se desvirtúe.

Dicho lo anterior, se puede afirmar que, de producirse y “normalizarse” una situación como el supuesto de fraude planteado en el presente apartado, se desvirtuaría la finalidad antes indicada, pues se beneficiaría únicamente al empleador, en tanto -en palabras de Anna Ginès- éste *“consigue una mayor disposición del tiempo de trabajo para adaptarlo a las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Mientras que, por el contrario, esta mayor flexibilidad y disponibilidad [...] generan una mayor precariedad de los trabajadores a tiempo parcial”*, contexto que resulta *“difícilmente compatible con las necesidades de conciliación de los trabajadores que optan por esta modalidad contractual”* (2013, págs. 105-106).

Por otro lado, con relación a lo previamente indicado, puede surgir la siguiente pregunta: ¿Cómo sería posible llegar a una situación en la cual la realización de horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial se vuelva regular -y, por lo tanto, configure un supuesto de fraude a la ley-, si las horas extras tienen carácter voluntario? Al respecto, es necesario hacer algunas precisiones.

La primera de ellas es que, muchas veces, el trabajador es el principal interesado en realizar horas extras, con la finalidad de poder ganar un adicional a su remuneración básica. Si bien esta situación podría resultar contradictoria con el interés de conciliar la vida laboral y personal, se produce con frecuencia. Sobre el particular, resulta interesante hacer mención a la normativa laboral peruana, pues en ella se establece un supuesto de autorización tácita⁵, en el cual, en caso que el trabajador realice trabajo en sobretiempo sin autorización expresa del empleador, se entenderá que contaba con autorización para ello, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable⁶. A pesar de que la finalidad de la norma no ha sido fomentar la realización de horas extras, habilita a que estas se lleven a cabo con la sola voluntad del trabajador.

La segunda precisión es que, coincidiendo con Anna Ginès, *“[a]unque la realización de horas extraordinarias es voluntaria, esta [la voluntariedad] es, en ocasiones, irreal”* (2013, pág. 119). Ello se justifica en que, dentro de una relación de trabajo, el empleador siempre

⁵ Conforme con lo dispuesto por último párrafo del artículo 9 del Decreto Supremo No. 007-2002-TR.

⁶ Conforme con lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto Supremo No. 004-2006-TR.

se encuentra en una natural posición de ventaja respecto del trabajador al momento de negociar y, finalmente, tomar una decisión sobre la manera de ejecutar el vínculo laboral. Por este motivo, habrá ocasiones en las cuales, en lugar de que exista un acuerdo entre el trabajador y el empleador, habrá una orden o una imposición por parte de éste, como podría suceder en el caso de la realización de horas extras.

Una última precisión que debe realizarse sobre el particular es que no todos los ordenamientos han regulado un límite para el trabajo en sobretiempo, como es el caso de Perú. Coincidiendo con Elmer Arce, “[a] pesar de que nuestra legislación tiene claro que el trabajo en sobretiempo es excepcional o extraordinario, resulta llamativo que no imponga límites cuantitativos. Y ello permite que el empresario pueda recurrir a las horas extras, por supuesto con aceptación del trabajador, todas las veces que quiera” (2013, pág. 443). De este modo, al no existir un límite para el trabajo en sobretiempo, pueden generarse supuestos en los que el uso de horas extras resulte abusivo, sobre todo tomando en consideración que, como se indicara en el párrafo anterior, la aceptación del trabajador muchas veces no se produce.

A partir de las precisiones realizadas, puede concluirse que sí es posible que se produzca el supuesto de fraude relacionado con el trabajo en horas extras en el marco de un contrato a tiempo parcial, a pesar de la supuesta voluntariedad que debería encontrarse presente para la realización de las mismas. Así, de producirse esta situación, el trabajador involucrado se encontraría habilitado para solicitar que el contrato a tiempo parcial sea declarado como uno a tiempo completo desde su inicio, pues, como consecuencia del fraude a la ley, se habría desnaturalizado.

Finalmente, es importante acotar que aquellos trabajadores a tiempo parcial, cuya voluntad no sea tomada en consideración a efectos de disponer la realización de horas extras, y en el supuesto en que estas sean llevadas a cabo con regularidad –es decir, cuando ya no se trate solo de oportunidades excepcionales o extraordinarias–, tendrán la potestad de aplicar el *ius resistentiae* (derecho de resistencia)⁷ y no aceptar las horas extras de trabajo solicitadas por su empleador. Esta posibilidad se justifica, por un lado, en la afectación que se genera a los trabajadores, al no requerir su aceptación y buscar imponerles que lleve a cabo trabajo en sobretiempo; y, por otro lado, en la afectación a la naturaleza del contrato a tiempo parcial celebrado, puesto que, ante la realización de horas extras “regulares”, éste se desnaturalizaría a causa de un fraude a la ley, conforme fuera explicado previamente.

Sin perjuicio de lo señalado, es preciso indicar que el *ius resistentiae* no se encuentra regulado en la normativa laboral peruana ni como figura jurídica, ni lo que respecta a su aplicación. Sin embargo, al configurar un derecho que tiene como finalidad tutelar otros derechos del trabajador, la posibilidad de aplicarlo se encuentra abierta en el caso antes mencionado. Tal como señala Elmer Arce, “el trabajador mantendrá siempre su derecho de resistirse al cumplimiento de órdenes que exceden desproporcionadamente las fronteras del

⁷ Es pertinente indicar que el *ius resistentiae* ha sido regulado en España como una posibilidad en favor del trabajador ante la realización de horas complementarias (por ejemplo, si se le solicita realizar horas complementarias que no han sido previamente acordadas por escrito), pero no como prerrogativa respecto de las horas extraordinarias.

contrato de trabajo [...]” (2013, pág. 485). Si bien el autor hace referencia a los casos en que el empleador da órdenes delictivas, imposibles o que vulneren la vida o salud del trabajador -es decir, a *órdenes radicalmente ilícitas* (2013, pág. 485)-, es posible que el trabajador también ejerza su derecho ante situaciones en las que la orden dada (como realizar horas extras de manera regular) desvirtúe la naturaleza y/o la configuración del contrato de trabajo celebrado (en el presente caso, del contrato a tiempo parcial). En buena cuenta, el trabajador podrá ejercer su derecho en situaciones en las que se produzca un fraude a la ley.

IV. Periodo de prueba en los contratos a tiempo parcial

Otro tema cuyo desarrollo es importante abordar con relación a los contratos a tiempo parcial es el periodo de prueba. Con respecto al mismo, es necesario, en primer lugar, desarrollar su definición y, de igual manera, determinar cuál es su finalidad. Luego de ello, se pasará a describir cómo debería funcionar en los contratos a tiempo parcial, en general; y, finalmente, se analizará su aplicación en los contratos a tiempo parcial celebrados bajo las normas del ordenamiento jurídico peruano, en particular.

Respecto de la definición del periodo de prueba, la doctrina coincide al indicar que se trata de un lapso de tiempo durante el cual se busca comprobar las aptitudes del trabajador, tanto profesionales como personales (Arce, 2013, pág. 236), así como su adaptación al trabajo encomendado; es decir, durante este periodo, se pretende que las partes del contrato de trabajo se conozcan mutuamente (Ferradans, 2006, pág. 110), con la finalidad de determinar la conveniencia del vínculo laboral a futuro. De esta manera, si el empleador o el trabajador no se encuentra conforme con el desarrollo de la relación de trabajo, podría dar término a la misma sin la necesidad de i) que se alegue una causa justa, ii) que se otorgue a la otra parte un preaviso, iii) cumplir requisito formal alguno, y iv) pagar una indemnización en favor de la otra parte (Ramírez, 2008, pág. 349).

Las normas laborales suelen regular un periodo de prueba (facultativo u obligatorio) y establecer un tiempo máximo para el mismo, a efectos de que los empleadores no puedan prolongarlo con la finalidad de tener la posibilidad de rescindir el contrato de trabajo hasta mucho después de haber iniciado la relación laboral, lo cual vulneraría el derecho al trabajo del trabajador implicado, pues no lograría contar con estabilidad laboral. Por ejemplo, en España, el artículo 14.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que el trabajador y el empleador podrán concertar un periodo de prueba, es decir, se establece un periodo de prueba facultativo. Asimismo, la norma señala que, en caso dicho periodo sea establecido, no podrá ser mayor a seis (6) meses para los técnicos titulados, ni mayor a dos (2) o (3) meses para los demás trabajadores, según la empresa tenga veinticinco (25) o más trabajadores o menos de veinticinco (25). Por su parte, en el Perú, el artículo 10 de la LPCL establece un periodo de prueba obligatorio de tres (3) meses en general, pudiendo extenderse, como máximo, a seis (6) meses para trabajadores calificados o de confianza y a un (1) año en el caso de trabajadores de dirección.

Luego de cumplido el periodo de prueba, los trabajadores alcanzan el derecho a la protección contra el despido arbitrario, con lo cual el empleador solo podrá dar término al vínculo laboral por una causa justa. Esto se debe a que, tal como señala Antonio Martín Valverde, el periodo

de prueba constituye una suspensión, al menos parcial, de las restricciones legales a la facultad de extinción unilateral del contrato de trabajo (1976, pág. 14).

Ahora bien, de modo general, el periodo de prueba se establece bajo la premisa de que el contrato de trabajo regula una jornada a tiempo completo. De este modo, es válido cuestionar si dicho periodo aplica o no a los contratos a tiempo parcial y, de ser la respuesta afirmativa, si se aplica de igual forma que a los contratos a tiempo completo, sobre todo considerando que aquellos establecen una jornada menor a la ordinaria del centro de labores.

Al respecto, es importante señalar que la respuesta al primer cuestionamiento debe ser, definitivamente, afirmativa; es decir, que el periodo de prueba sí aplica para los contratos a tiempo parcial. Esta aseveración se justifica a partir de la finalidad del periodo de prueba, puesto que, ante un vínculo laboral a tiempo parcial que recién inicia, resulta pertinente y también conveniente que haya un periodo de adaptación y evaluación del trabajador, al igual que en los contratos a tiempo completo. En otras palabras, no existe ningún motivo objetivo y/o razonable que lleve o permita hacer una distinción en este sentido.

Con relación al segundo cuestionamiento, es posible afirmar que la manera en la cual se tendría que aplicar el periodo de prueba a los contratos a tiempo parcial debería tomar en cuenta los siguientes criterios: i) el periodo de prueba que se haya establecido a un trabajador a tiempo completo en situación comparable; ii) la distribución de la jornada laboral a tiempo parcial; y iii) el principio de proporcionalidad.

De esta manera, a modo de ejemplo, si se ha establecido un periodo de prueba de tres (3) meses a un trabajador a tiempo completo que labora de lunes a viernes, ocho (8) horas diarias, en el caso que se contrate a un trabajador a tiempo parcial para que labore de lunes a viernes, tres (3) horas diarias, debería aplicársele un periodo de prueba proporcional, en función al tiempo que laborará el trabajador a tiempo parcial en comparación al que labora el trabajador a tiempo completo. En este caso, si bien la jornada establecida se ha distribuido en la misma cantidad de días en ambos casos, la cantidad de horas de trabajo diario establecida en el contrato a tiempo parcial es, evidentemente, menor. En ese sentido, considerando que el contrato a tiempo completo establece una jornada semanal de cuarenta (40) horas y cuenta con un periodo de prueba de tres (3) meses, al contrato a tiempo parcial celebrado por una jornada semanal de quince (15) horas se le debería asignar –por regla de tres simple- un periodo de prueba de un (1) mes, aproximadamente.

De igual modo, si se tiene el caso de un trabajador a tiempo completo que labora de lunes a viernes, ocho (8) horas diarias, cuyo periodo de prueba es de tres (3) meses, y se decide contratar a un trabajador a tiempo parcial bajo una jornada de martes y jueves, diez (10) horas diarias, el periodo de prueba se debería establecer de forma proporcional. Es decir, si se ha establecido un periodo de prueba de tres (3) meses para una jornada semanal de 40 horas, correspondería que para un contrato de trabajo con una jornada semanal de 20 horas –es decir, la mitad- se establezca un periodo de prueba de un mes y medio (1 ½).

Cabe indicar que esta posición se justifica en que, al ser menos el trabajo a realizar por el trabajador a tiempo parcial, se requiere, por ende, un menor tiempo de adaptación. En ese sentido, establecer el mismo periodo de prueba que un trabajador a tiempo completo en

situación comparable sería desproporcionado e, incluso, vulneratorio, tomando en cuenta que la consecuencia de superar el periodo de prueba es que el trabajador alcance, por fin, estabilidad laboral. En consecuencia, tal como señalara Carmen Ferradans, se *“podría prever que el periodo de prueba de cualquier CTP [contrato a tiempo parcial] tenga una duración estrictamente proporcional, tomando como punto de referencia al TTC [trabajador a tiempo completo] comparable”* (2006, pág. 111).

Luego de haber determinado lo anterior, es importante recordar que, como se indicara al inicio del presente acápite, el periodo de prueba tiene la finalidad de que, en caso alguna de las partes no se encuentre conforme con la relación laboral, esta pueda dar fin al vínculo de manera unilateral. Así, cuando se cumple el periodo de prueba, la consecuencia es que el contrato de trabajo produzca plenos efectos, con lo cual el trabajador tendrá protección contra el despido arbitrario.

Ahora bien, con relación a ello, resulta necesario hacer referencia a la especial situación de los contratos a tiempo parcial en el ordenamiento jurídico peruano, pues el artículo 22 de la LPCL regula lo siguiente: *“Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. [...]”* (el énfasis es añadido). A partir de esta norma, se evidencia que, únicamente, aquellos trabajadores que laboren cuatro (4) horas o más diarias (entiéndase, en promedio, en concordancia con lo dispuesto por el RLFE) cuentan con protección contra el despido arbitrario, dado que la propia norma les otorga esta protección al establecer que, para su despido, se requiere la existencia de causa justa regulada por ley.

Si se realiza una interpretación en contrario, se concluye, entonces, que los trabajadores que laboran menos de cuatro (4) horas diarias en promedio —es decir, los trabajadores a tiempo parcial para la normativa laboral peruana— no cuentan con dicha protección. Por lo tanto, el empleador podría despedirlos de manera intempestiva válidamente.

Tal como se aprecia, y considerando además que, como se indicara previamente, a los contratos a tiempo parcial les es aplicable el periodo de prueba, se tiene que los trabajadores a tiempo parcial no cuentan con protección alguna en ningún momento, ya que, cuando logren superar el periodo de prueba que se haya determinado para su contrato, continuarán vulnerables a un despido, en virtud del artículo 22 antes citado. Con motivo de ello, es posible afirmar lo siguiente:

- 1) Que, la figura del periodo de prueba, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, se encuentra desnaturalizada por la regulación del artículo 22 de la LPCL, ya que estos trabajadores se encuentran en una “situación de prueba permanente”; ello, a pesar de que lo que pretende dicho periodo es brindar un tiempo razonable para que el trabajador pueda adaptarse al trabajo y el empleador pueda determinar si conviene o no la continuidad del vínculo laboral.
- 2) Que, la opción legislativa recogida por el artículo 22 de la LPCL resulta perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial, pues, lejos de obtener estabilidad laboral (que es la consecuencia jurídica de superar el periodo de prueba), quedan en la

incertidumbre respecto de la decisión del empleador, considerando que éste podría mantenerlos trabajando o dar término al contrato de trabajo correspondiente en el momento que estime conveniente.

- 3) Que, la regulación del artículo 22 de la LPCL atenta en contra del principio de igualdad, en tanto no existe una causa objetiva y razonable que justifique el hecho de que a los trabajadores a tiempo parcial no se les otorgue protección contra el despido arbitrario y a los trabajadores a tiempo completo sí. Cabe indicar que este tema será abordado con mayor profundidad en el punto VIII del presente trabajo.

De este modo, a partir de lo previamente indicado, se puede afirmar que resulta necesario que se lleve a cabo una modificación legislativa, a fin de que este “choque” que viene produciéndose entre las figuras jurídicas de periodo de prueba e (in)estabilidad laboral culmine y puedan tutelarse, de la manera debida, los derechos de los trabajadores a tiempo parcial. Ello permitiría, además, que la finalidad del periodo de prueba se cumpla y no continúe siendo desvirtuado, y también que se garantice la observancia del principio de igualdad, lo cual se encontraría acorde, a su vez, con los preceptos y garantías constitucionales del ordenamiento jurídico peruano.

V. Prestación de servicios

Con relación a la prestación de servicios dentro de un contrato a tiempo parcial, se observan diversos aspectos que no se encuentran regulados y/o que, a través de la regulación actual, no es posible encontrarles una explicación clara y suficiente. Tales aspectos son, entre otros, cómo se determina la jornada a tiempo parcial, cuál es el alcance del *ius variandi* respecto del establecimiento de la jornada, cómo se debería ejercer el derecho al descanso vacacional los trabajadores a tiempo parcial y cómo se concretan los permisos o periodos de inactividad que se otorgan durante la jornada. Con la finalidad de poder otorgarles un desarrollo que permita obtener claridad sobre los mismos, dichos temas serán abordados a continuación.

5.1 Determinación de la jornada en los contratos a tiempo parcial

En lo que respecta a la determinación de la jornada en los contratos a tiempo parcial, es necesario indicar, en primer lugar, que la jornada es, por definición, *“el lapso de tiempo durante el cual el trabajador se encuentra en la obligación de realizar las labores para las cuales fue contratado o, cuando menos, estar a disposición de su empleador para cuando este le requiera hacer alguna actividad”* (García Á. , 2015, pág. 4). Asimismo, es pertinente resaltar que la instauración de la jornada en el centro de trabajo *“es una potestad del empleador, de la cual puede hacer uso de manera discrecional e inconsulta, en ejercicio de su poder de dirección, con observancia de las limitaciones constitucionales y legales”* y que el establecimiento de la misma responde a *“las necesidades de cada empleador surgidas en función de su propia actividad”* (García Á. , 2015, págs. 4-5).

Dicho lo anterior, se tiene que el empleador podrá determinar, en función de sus necesidades y actividades, si requiere que determinados puestos se desempeñen en una jornada a tiempo completo o a tiempo parcial. Ahora bien, en caso el empleador determine que un área determinada o ciertos puestos de trabajo deberán cumplir una jornada a tiempo parcial,

¿cómo se determina dicha jornada? Es decir, ¿en qué casos se está, efectivamente, ante una jornada a tiempo parcial? ¿Cómo es posible definir si determinada jornada califica o no como “a tiempo parcial”?

Sobre el particular, es importante recordar que la jornada a tiempo parcial, en el ordenamiento peruano, es aquella que contempla una labor menor a cuatro (4) horas diarias en promedio. En ese sentido, a fin de definir si determinada jornada cumple con esta condición, corresponde analizar lo relacionado a los periodos de referencia.

Al respecto, es preciso recordar que el artículo 1 del Convenio 175 de la OIT⁸ regula que el cálculo a efectos de determinar si una jornada es a tiempo parcial puede realizarse tomando un periodo de referencia semanal u otro periodo de empleo determinado, como puede ser el mensual o anual. Con relación a este tema, resulta pertinente citar a Elmer Arce, quien ha expresado que existen diversas situaciones en las que la prestación de servicios se estaría realizando bajo una jornada a tiempo parcial. Dentro de estas situaciones, a modo de ejemplo, se encuentran –entre otras- las siguientes (2013, págs. 302-303):

- Cuando la jornada ordinaria diaria es de ocho (8) horas diarias y se tiene una jornada a tiempo parcial de tres (3) horas diarias;
- Cuando la jornada ordinaria semanal es de cinco (5) días por ocho (8) horas diarias y se establece una jornada a tiempo parcial de tres (3) días por ocho (8) horas diarias;
- Cuando la jornada ordinaria mensual es de 120 horas y se tiene una jornada a tiempo parcial es de 90 horas mensuales;
- Cuando, en un periodo de referencia de 14 meses, se tiene que la jornada a tiempo completo es de 320 días de trabajo efectivo y se establece una jornada a tiempo parcial de 300 días de trabajo en dicho periodo.

Tal como se observa, esta gama de situaciones refleja la existencia de un escenario flexible de periodos de referencia (semanales, mensuales, anuales o de mayor extensión) que pueden ser empleados para determinar las jornadas a tiempo parcial. Ahora bien, también es necesario indicar que estas jornadas pueden ser continuas o discontinuas, es decir, que pueden ser ejecutadas de corrido o con periodos de inactividad.

Con relación a esto último, corresponde señalar que la continuidad o discontinuidad de la jornada a tiempo parcial dependerá de las necesidades empresariales del empleador y, a su vez, del nivel de conciliación de la vida personal que requiera el trabajador (considerando cuál debería ser la finalidad de los contratos a tiempo parcial). A modo de ejemplo, una madre

⁸ **Artículo 1.-** A efectos del presente Convenio:

- (a) la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable;
- (b) la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia en el apartado a) puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado;

[...]

trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia, probablemente requiera una jornada a tiempo parcial semanal continua con una cantidad de horas reducida por las mañanas, con la finalidad de poder atender a su hijo(a) por las tardes. Por el contrario, un estudiante universitario podría preferir una jornada a tiempo parcial discontinua (verbigracia, de solo dos días de trabajo a la semana), a fin de distribuir sus clases entre los días restantes.

Así, en palabras de Carmen Ferradans,

[...] se debe procurar, al precisar la distribución de la jornada de trabajo de cada CTP singular, el equilibrio de las necesidades de flexibilidad empresarial y de cada TTP [trabajador a tiempo parcial], ya que, por ejemplo, unos pueden querer simultanear la ejecución del CTP [contrato a tiempo parcial] con la atención de responsabilidades familiares, otros con la asistencia a cursos de formación, otros con el desarrollo de otro trabajo por cuenta ajena o propia [...]. (2006, pág. 138)

En buena cuenta, el establecimiento de la jornada a tiempo parcial debería guardar correspondencia con la finalidad de la misma; es decir, debería estar orientada a obtener un “doble beneficio”: para los trabajadores, la conciliación de la vida personal con la laboral, y para las empresas, poder cubrir las necesidades propias de sus actividades y reducir costos laborales.

Adicionalmente, con relación a los periodos de referencia y a la continuidad o discontinuidad de la jornada, es importante tomar atención a que, tal como señala Carmen Ferradans, el periodo de referencia anual podría generar “*problemas para distinguir al CTP [contrato a tiempo parcial] de otras modalidades contractuales. Ejemplo paradigmático de lo concluido es la diferenciación entre el CTP y el Trabajo Fijo Discontinuo (TFD) [...]*” (2006, pág. 98)⁹.

En ese sentido, si, por ejemplo, se contrata a un trabajador a tiempo parcial de manera discontinua, a fin de que labore cada tres (3) meses, cuando la jornada ordinaria conlleva una labor continua por todo el año, esta situación podría asemejarse a la que sucede en un contrato de trabajo fijo discontinuo o intermitente (por ejemplo, respecto de las temporadas de pesca). Sin embargo, cabe aclarar que, a pesar de dicha semejanza, se trata de situaciones distintas: en el caso del contrato a tiempo parcial, lo que sucede es que la jornada ordinaria se reduce (aunque se trate de meses de trabajo); en cambio, en el caso del trabajo fijo discontinuo o contrato intermitente, no se produce dicha reducción, sino que la intermitencia encuentra su origen en la naturaleza de la actividad a ejecutar (por ejemplo, pesca) -como fuera explicado con anterioridad en el presente trabajo-.

⁹ Cabe indicar que el trabajo fijo discontinuo al que hace referencia la autora es equivalente al contrato intermitente regulado en el artículo 64 de la LPCL, en el cual se tienen, por un lado, periodos de trabajo y, por otro, periodos de inactividad:

Artículo 64.- Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.

Finalmente, resulta importante indicar que la jornada a tiempo parcial que sea determinada por el empleador sobre la base las consideraciones previamente explicadas, debería constar en el contrato de trabajo que se suscriba con el trabajador, indicando de manera explícita, por un lado, la jornada, es decir, cuántas horas y qué días de la semana el trabajador tiene la obligación de laborar; y, por otro, el horario de trabajo. Ello, con la finalidad de *“proporcionar certeza al contenido de la prestación laboral a tiempo parcial y al modo de su ejecución”* (Ferradans, 2006, pág. 131).

Luego de abordar los aspectos relacionados a la determinación de la jornada en los contratos a tiempo parcial, corresponde analizar qué es lo que estipula la regulación contenida en la normativa laboral peruana sobre este tema. Para estos efectos, se requiere traer a colación los artículos 11 y 12 del RLFE –dispositivos que fueron desarrollados en el acápite I-, lo cuales establecen lo siguiente:

Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor.

Artículo 12.- Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.

A partir de la lectura conjunta de los artículos previamente citados, se puede concluir, primero, que el periodo de referencia adoptado por la normativa laboral peruana, para evaluar si una jornada califica o no como “a tiempo parcial”, es de carácter semanal, ya que requiere evaluar el promedio de horas laboradas en la semana, dependiendo del número de días de jornada.

Luego, se concluye también –al menos en principio- que la jornada a tiempo parcial se cumple en aquellos casos en que los trabajadores laboren de forma continua (es decir, diaria) durante la semana. Ello, tomando en consideración que el artículo 12 hace referencia a “seis (6) o cinco (5) días”, dando a entender que se trata de los días de labor con los que cumple efectivamente el trabajador en la semana.

En consecuencia, de la norma se desprende que un trabajador tendrá una jornada a tiempo parcial en los siguientes casos:

- i) Si labora de manera continua durante la semana con una misma jornada diaria todos los días (por ejemplo, tres horas diarias de lunes a viernes); y,
- ii) Si labora de manera continua, sin que todos los días se cumpla la misma jornada. Por ejemplo, este sería el caso de un trabajador que labora cinco (5) días a la semana, siendo que los lunes, miércoles y viernes trabaja en una jornada de (3) horas; y los martes y jueves, en una jornada de cinco (5) horas. Como se observa, el trabajador cumple una jornada semanal de diecinueve (19) horas en total, con lo cual, divididas entre cinco (5) días de trabajo, resulta una jornada diaria de 3.8 horas en promedio. Por lo tanto, sí cumple una jornada a tiempo parcial.

Ahora bien, como se indicó previamente, la norma pareciera regular únicamente las jornadas de trabajo a tiempo parcial que se realizan de manera continua. No obstante, surge la siguiente pregunta: ¿qué sucede en el caso que la jornada se ejecute de forma discontinua (es decir, cuando dentro de la jornada existan días de inactividad)? Este sería el caso, por ejemplo, de un trabajador cuya jornada es de dos (2) días a la semana, diez (10) horas cada día. ¿La norma contempla este supuesto dentro de su regulación?

Sobre el particular, a fin de dar respuesta a las interrogantes planteadas, es necesario traer a colación el Informe No. 136-2018-MTPE/2/14.1, emitido con fecha 26 de setiembre de 2018 por el MTPE, mediante el cual se establece, con relación al artículo 12 del RLFE, lo siguiente:

Cabe señalar que estos seis o cinco días refieren a la jornada de trabajo en la empresa, independientemente de cuál sea la jornada del trabajador. Siendo ello así, resultará aplicable la contratación a tiempo parcial en aquellos casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis o cinco días, según sea la jornada de trabajo de la empresa, resulte en promedio menor de cuatro horas diarias.

(El énfasis es añadido)

Como se observa, a partir del criterio establecido por el MTPE, se puede arribar a la conclusión de que el artículo 12 del RLFE también considera jornadas a tiempo parcial a aquellas que no son continuas, pues se establece que este dispositivo normativo, para efectos del cálculo de la jornada diaria en promedio, hace referencia a los cinco (5) o seis (6) días que correspondan a la jornada de la empresa, y no a la cantidad de días de la jornada del trabajador a tiempo parcial.

En ese sentido, en el ejemplo brindado del trabajador que labora una jornada de dos (2) días a la semana, diez (10) horas al día, se estaría ante una jornada a tiempo parcial si la jornada ordinaria de la empresa fuera de seis (6) días a la semana, puesto que, a partir de la división de veinte (20) horas entre seis (6) días, se obtiene un promedio diario de 3.3 horas de jornada. Por el contrario, si la jornada ordinaria de la empresa fuera de cinco (5) días a la semana, se trataría de una jornada ordinaria y, por ende, al trabajador le corresponderían todos los beneficios de una jornada a tiempo completo, pues de la división de veinte (20) horas entre cinco (5) días, se obtiene un promedio de jornada diaria igual a cuatro (4) horas.

A modo de síntesis, en el presente apartado, ha sido posible definir que las jornadas a tiempo parcial pueden tomar diversos periodos de referencia para ser determinadas; sin embargo, en el Perú, se tomó la opción legislativa de que sean definidas sobre un periodo de referencia semanal, considerando el promedio de la jornada diaria realizada en la semana por el trabajador. Asimismo, se pudo determinar que estas jornadas pueden ser continuas o discontinuas, dependiendo de las necesidades del trabajador y del empleador. Al respecto, cabe indicar que, si bien, en la normativa laboral peruana, la posibilidad de que sean discontinuas no es tan clara, un informe del MTPE permite disipar la duda al respecto, pues, para el cálculo de las jornadas a tiempo parcial, se tomará en consideración los días de jornada ordinaria de la empresa, independientemente de la cantidad de días de jornada que se haya establecido para el trabajador a tiempo parcial.

Dicho ello, corresponde analizar, a continuación, de qué manera y en qué medida el empleador podría modificar la jornada a tiempo parcial ya determinada.

5.2 Ejercicio del *ius variandi*

Antes de iniciar el desarrollo del poder de dirección y del ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador, es necesario indicar que el escenario ideal para que se produzca una modificación de lo estipulado por el contrato de trabajo es que el empleador pueda arribar a un acuerdo con el trabajador; es decir, que el cambio a realizarse sea consensuado. En este mismo sentido, el artículo 10 del Convenio 175 de la OIT ha dispuesto que “[e]n los casos apropiados, deberán adoptarse medidas para que el traslado de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, sea voluntario, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales” (el énfasis es añadido).

Sin perjuicio de ello, en aquellos casos en los que no se logre llegar a un acuerdo entre las partes, existe la posibilidad de que el empleador lleve a cabo la modificación del contrato de trabajo de manera unilateral, en virtud del poder de dirección. Este poder le otorga al empleador

[...] facultades que le permiten regular, reglamentar, dirigir, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos adquiridos por los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales. En otras palabras, por el poder de dirección el empleador puede definir en buena medida el modo, la forma y el lugar de la prestación de servicios de los trabajadores (Toyama, 2015, pág. 239)

Como se observa, el poder de dirección trae consigo la facultad del empleador para realizar modificaciones en la prestación de servicios; atribución específica que recibe el nombre de *ius variandi*. El *ius variandi* es un poder excepcional que, dependiendo de la modificación que realice el empleador, puede ser de tres tipos (Arce, 2013, págs. 450-451):

- 1) *Ius variandi ordinario*.- Es aquel que comprende, únicamente, a las variaciones que especifican o concretan las condiciones contractuales establecidas por las partes. Es decir, se trata de modificaciones accesorias o no esenciales, realizadas respecto de los términos acordados en el contrato celebrado al inicio de la relación laboral.
- 2) *Ius variandi esencial*.- Comprende las modificaciones que generan un mayor impacto y que, inclusive, “transforma la relación jurídica en otra distinta, al afectar sustancialmente las condiciones determinadas con anterioridad” (Arce, 2013, pág. 450). Ello trae consigo que, en muchos casos, “el procedimiento para llevarla[s] a cabo no sea la pura decisión discrecional del empresario” (Montoya, 2013, pág. 431). Estas modificaciones también son conocidas en la doctrina como “alteraciones” de las condiciones de trabajo.
- 3) *Ius variandi extraordinario o de emergencia*.- Son las variaciones sustanciales que devienen en necesarias a fin de atender una situación imprevisible. En otras palabras, “no se motiva[n] en las necesidades normales y rutinarias de la empresa, sino en situaciones inesperadas” (Arce, 2013, pág. 451).

Habiendo definido qué es el *ius variandi* y su tipología, es importante determinar también cuáles son los límites del mismo. Al respecto, se debe considerar que el poder de dirección, en general, y el *ius variandi*, en particular, no son poderes irrestrictos o ilimitados. Por el contrario, como toda facultad, cuentan con límites, los mismos que permiten tutelar los derechos de los trabajadores, evitando que los cambios establecidos por el empleador generen una situación vulneratoria para estos.

En ese sentido, se tiene que el principal límite para las modificaciones realizadas por el empleador es la justificación o razonabilidad de las mismas. Al respecto, en palabras de Raúl Saco, este límite implica que el ejercicio del *ius variandi* guarde correspondencia con “*las necesidades reales de la empresa*” u obedezca a alguna “*razón objetiva*” (Saco, 1989, pág. 87). Asimismo, sobre el particular, Jorge Toyama ha expresado que la razonabilidad implica lo siguiente: “*i) debe existir una motivación en el acto del empleador, es decir, una justificación objetiva de la medida implementada; ii) la motivación debe ser suficiente o proporcional; y iii) la motivación del empleador debe ser coherente, es decir debe verificarse una relación directa entre la causa y la modificación de la condición de trabajo*” (2015, pág. 241). Estas condiciones, que permiten corroborar que una modificación realizada por el empleador sea razonable, ratifican el carácter excepcional –antes referido- del *ius variandi*, dado que califican como requisitos con los que, necesariamente, deberá cumplir la decisión del empleador para que sea considerada como válida y, por ende, no sea catalogada como arbitraria.

Otro límite para que el empleador lleve a cabo variaciones en la prestación de servicios es que estas no podrán ir en contra de lo establecido por las normas constitucionales, legales e, incluso, por los convenios colectivos que rijan al trabajador o a los trabajadores a quienes les aplique la modificación. Asimismo, también configura un límite para ello el no incurrir en la comisión de actos de hostilidad¹⁰, los cuales se definen como “*actos u omisiones realizados por el empleador o sus representantes que molestan o incomodan al trabajador; como tal, constituyen faltas del empleador y tienen como objetivo, normalmente, la renuncia del trabajador, aunque en algunos casos su fin es obtener algún favor o ventaja en perjuicio del trabajador, que atenta contra su moral, dignidad, economía, etc.*” (Obregón, 2018, pág. 152).

Ahora bien, a fin de tratar la aplicación del *ius variandi* en lo que respecta a los contratos a tiempo parcial, corresponde formular las siguientes preguntas: ¿Hasta qué punto el empleador estaría facultado para llevar a cabo modificaciones, de forma unilateral, a la jornada a tiempo parcial de un trabajador? ¿El empleador podría convertir una jornada a tiempo parcial en una a tiempo completo, y viceversa, en virtud del *ius variandi*?

Al respecto es importante establecer, en primer lugar, que las modificaciones de la jornada de trabajo, siempre calificarán como un *ius variandi* esencial, debido a que conllevan un

¹⁰ En el Perú, los actos de hostilidad se encuentran regulados por el artículo 30 de la LPCL, el cual contiene una lista taxativa de conductas que califican como tales actos. Dentro de ellos se encuentra, por ejemplo, la reducción de la categoría y de la remuneración; el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; entre otros.

cambio significativo (y no una mera concreción o especificación) de las condiciones esenciales de trabajo inicialmente pactadas por las partes.

Aunado a ello, en segundo lugar, es necesario resaltar que la facultad del empleador de llevar a cabo la modificación de la jornada a tiempo parcial se encuentra sujeta a que la medida adoptada -tal como se explicó previamente- cumpla con los siguientes límites: i) que cuente con una motivación o justificación objetiva, ii) que la medida sea suficiente y/o proporcional, iii) que exista una relación directa entre la causa y la modificación de la condición de trabajo, iv) que no vulnere las disposiciones del ordenamiento jurídico, y v) que no conlleve la comisión de actos de hostilidad. En consecuencia, el empleador podrá llevar a cabo la modificación que estime conveniente de acuerdo con las necesidades de la empresa, siempre que cumpla con estos requisitos.

Con relación a lo anterior, es importante señalar que, en el ordenamiento jurídico peruano, el poder de dirección y la facultad del *ius variandi* se encuentran regulados, de forma general, por el artículo 9 de la LPCL, que establece lo siguiente:

Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

(El énfasis es añadido)

Sobre la base de esta regulación, se observa que, si bien los empleadores tienen la facultad de realizar variaciones en las condiciones acordadas con el trabajador para la prestación del servicio, esta facultad se encuentra limitada, pues exige que la decisión, por un lado, sea razonable; y, por otro, que tome en consideración las necesidades del centro de trabajo¹¹. Cabe indicar que estas restricciones se condicen con los límites previamente señalados.

Asimismo, a efectos de que el empleador lleve a cabo la modificación unilateral de la jornada de trabajo, la normativa laboral peruana regula un procedimiento especial, el cual se encuentra regulado en el numeral 2 del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo No. 007-2002-TR (en adelante, TUO Ley de Jornada), que dispone lo siguiente:

Artículo 2.- El procedimiento para la modificación de jornadas, horarios y turnos se sujetará a lo siguiente:

[...]

2.- Consulta y negociación obligatoria con los trabajadores involucrados en la medida

¹¹ Conforme señala Carmen Ferradans, en España –de forma similar que el Perú- el artículo 41.1.a) del Estatuto de los Trabajadores “permite que a través de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo se altere la duración de la jornada de trabajo inicialmente pactada; siempre y cuando se acredite la veracidad de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción aducidas y la adecuada proporcionalidad ente el supuesto de hecho verificado, la medida propuesta y el fin perseguido” (2006, pág. 200),

El empleador, previamente a la adopción de alguna de las medidas señaladas en el numeral 1 del presente artículo, debe comunicar con ocho (8) días de anticipación al sindicato, o a falta de éste a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados, la medida a adoptarse y los motivos que la sustentan.

Dentro de este plazo, el sindicato, o a falta de éste los representantes de los trabajadores, o en su defecto, los trabajadores afectados, pueden solicitar al empleador la realización de una reunión a fin de plantear una medida distinta a la propuesta, debiendo el empleador señalar la fecha y hora de la realización de la misma. A falta de acuerdo, el empleador está facultado a introducir la medida propuesta, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a impugnar tal acto ante la Autoridad Administrativa de Trabajo a que se refiere el párrafo siguiente.
[...]

(El énfasis es añadido)

En efecto, como puede observarse, la facultad de que el empleador pueda llevar a cabo una modificación unilateral también se encuentra limitada por ciertos requisitos procedimentales que establecen garantías en favor del o de los trabajadores involucrados en la decisión de modificación.

Por otro lado, a fin de analizar la posibilidad de que el empleador, en virtud del *ius variandi*, pueda convertir una jornada a tiempo parcial en una a tiempo completo (y viceversa), se plantearán, a continuación, diversas situaciones en las cuales el empleador decide modificar -considerando las necesidades empresariales de la empresa- la jornada un trabajador contratado a tiempo parcial:

- Situación No. 1: El empleador decide modificar la jornada a tiempo parcial de un trabajador que labora tres horas y media (3.5) de lunes a viernes, para que, a partir de dicha modificación, ejecute sus tareas los lunes, miércoles y viernes, seis (6) horas diarias.

Esta variación –siempre que cumpla con los requisitos y procedimiento antes desarrollados- podría realizarse sin problema, en tanto la jornada del trabajador continúa siendo a tiempo parcial (tomando en consideración el promedio diario) y el número total de horas de labor a la semana solo incrementa en media (0.5) hora. Si bien ello deberá traer consigo el incremento proporcional de la remuneración, la modificación sería razonable y, por tanto, válida.

- Situación No. 2: Un trabajador cumple una jornada a tiempo parcial de tres horas y media (3.5) de lunes a viernes, y el empleador decide cambiar dicha jornada a una de lunes a viernes, cinco (5) horas diarias.

En este segundo caso, se presenta un grave problema: se estaría produciendo un *abuso del derecho* por parte del empleador, pues habría sobrepasado los límites normales y razonables del ejercicio del *ius variandi* (Ferradans, 2006, pág. 204). Esta afirmación se sustenta en que, con la modificación realizada, se estaría variando la naturaleza propia del contrato celebrado originalmente, ya que, de ser un contrato a tiempo parcial, pasaría a ser considerado, de acuerdo a lo establecido por la normativa laboral peruana, como uno a tiempo completo. Sobre el particular, debe señalarse que, de acuerdo con Raúl Saco, “[e]l ejercicio del *ius variandi*, pues,

tampoco debe generar modificaciones drásticas o profundas a la forma y modalidades de la prestación laboral” (1989, pág. 82). Así, en consecuencia, a pesar de que el empleador observe todos los requisitos previamente establecidos y cumpla con llevar a cabo el procedimiento establecido por ley, la variación unilateral de la jornada no podría ser considerada válida.

Cabe indicar que esta conclusión se reafirma si se toma en consideración que la finalidad del contrato a tiempo parcial debería ser lograr un “doble beneficio”; es decir, otorgar una ventaja a ambas partes de la relación laboral. En efecto, tomando en cuenta que, en el presente caso, la modificación establecida por el empleador solo lo beneficia a éste, pues el trabajador vería afectada la conciliación de la vida laboral y familiar que venía gozando hasta antes del cambio, se habría desvirtuado el contrato a tiempo parcial celebrado originalmente; y, por tanto, la modificación realizada a la jornada de trabajo deviene en inválida.

Finalmente, respecto de este caso concreto, es necesario hacer referencia a lo dispuesto por el artículo 3 del TUO Ley de Jornada, el cual establece lo siguiente:

Artículo 3.- En centros de trabajo en que rijan jornadas menores a ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas a la semana, el empleador podrá extenderlas unilateralmente hasta dichos límites, incrementando la remuneración en función al tiempo adicional. Para tal efecto se observará el criterio de remuneración ordinaria contenido en el Artículo 12 de la presente Ley.

Si bien la normativa laboral peruana establece esta facultad en favor del empleador, la misma debe ser interpretada en el marco de un contrato de trabajo con una jornada mayor a cuatro (4) horas diarias en promedio. Por ejemplo, en una situación en la que el trabajador labore seis (6) horas diarias de lunes a viernes y el empleador decida extender dicha jornada a ocho (8) horas cada día, cumpliendo, así, con la jornada máxima.

Interpretar que esta facultad puede aplicarse también en el marco de un contrato a tiempo parcial, implicaría habilitar al empleador para realizar modificaciones unilaterales abusivas en contra del trabajador, pues, –como fuera antes explicado– por un lado, le daría la posibilidad de cambiar la naturaleza del contrato celebrado; y, por otro, permitiría que atente contra una de las finalidades que, idealmente, debería perseguir la celebración de contratos a tiempo parcial: conciliar la vida personal del trabajador con la laboral.

- Situación No. 3: El empleador decide cambiar la jornada a tiempo completo de un trabajador que labora de lunes a viernes, ocho (8) horas diarias, a una jornada a tiempo parcial, establecida de lunes a viernes, tres horas y media (3.5) cada día. En este supuesto, la consecuencia sería la misma que en el caso anterior, dado que también variaría la naturaleza del contrato de trabajo celebrado.

Incluso, en este caso, sería aún más evidente la invalidez de la modificación de la jornada, ya que el cambio unilateral de una jornada a tiempo completo a una a

tiempo parcial implica una vulneración a los derechos del trabajador, pues éste ya no sería beneficiario de determinados beneficios laborales (por ejemplo, CTS). Además, se generaría una vulneración aún mayor, si el contrato original (el cual regula la jornada a tiempo completo) contemplara, adicionalmente, un pacto de exclusividad¹². En este supuesto, además de que la modificación realizada sea inválida, se genera una vulneración a la libertad de contratación del trabajador, puesto que, como el pacto de exclusividad mantiene su vigencia, el trabajador -que ahora tiene una jornada a tiempo parcial- no podría ni siquiera iniciar un nuevo vínculo laboral en paralelo con otra empresa, a fin de producir durante las horas que su empleador decidió no contar con sus servicios.

Considerando todo lo antes desarrollado, se observa que el derecho del *ius variandi* en el caso de las jornadas a tiempo parcial es limitado. Asimismo, al ser inválidas las modificaciones implantadas por el empleador en el segundo y tercer ejemplo -por las razones previamente indicadas-, los trabajadores tienen el derecho a tomar acción a efectos de tutelar sus derechos.

Una primera opción sería ejercer el *ius resistentiae* (derecho de resistencia) y no acatar la modificación de la jornada realizada por el empleador. Cabe indicar al respecto que, en el Perú, el *ius resistentiae*, al no encontrarse regulado, “*suele ejercerse ‘por vía indirecta’: el trabajador incumple una orden y el empleador lo sanciona; entonces, el trabajador puede impugnar dicha sanción en sede judicial y, es esta última instancia donde se ventila la legalidad de la medida*” (Toyama, 2015, pág. 264). Esta situación se produce debido a la presunción de legitimidad de las órdenes del empleador; sin embargo, siendo que la situación planteada constituye un supuesto de abuso del derecho, justificaría, sin más, el ejercicio del *ius resistentiae*.

Otra alternativa con la que cuentan los trabajadores afectados es la impugnación de la modificación llevada a cabo por el empleador en la vía judicial, alegando el ejercicio abusivo del *ius variandi* y la afectación a su derecho al trabajo, puesto que las condiciones inicialmente pactadas en el marco del contrato de trabajo han variado de manera sustancial y le generan una afectación tanto laboral como personal.

5.3 Descanso vacacional en los contratos a tiempo parcial

En lo que al descanso vacacional respecta, es importante señalar que esta figura es definida como un derecho de los trabajadores que supone “*una interrupción, con fundamento legal, de la prestación del trabajador, destinada a proporcionar a éste un periodo de descanso anual remunerado*” (Montoya, 2013, pág. 357). Asimismo, este derecho tiene como finalidad la “*preservación de la salud, física y síquica*”, así como “*la dedicación del trabajador a actividades de ocio y recreación*” (Arce, 2013, pág. 497).

¹² Los pactos de exclusividad son aquellos por los cuales “*un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un solo empresario, contra su derecho a pluriemplearse, esto es, a trabajar simultánea, aunque distintamente, para diversos empresarios en virtud de varios contratos de trabajo*” (Palomeque & Álvarez, 1994, pág. 737).

Considerando la finalidad de este derecho, su goce debe ser general para todos los trabajadores, independientemente del tipo de contrato o de jornada que tengan, dado que lo primordial es tomar en cuenta que los trabajadores son personas y que, por ende, tienen la necesidad de descansar del trabajo realizado, a efectos de preservar su salud física y mental.

Precisamente, en este sentido se ha regulado el descanso vacacional en diversos países de la región y de Europa (específicamente, España), en tanto establecen que este derecho aplica para todos los trabajadores, sin excepción, conforme se observa a continuación:

Tabla 1. Regulación del descanso vacacional en otros ordenamientos

País	Regulación
Argentina	<p><u>Ley de Contrato de Trabajo</u></p> <p>Artículo 150.- Licencia ordinaria</p> <p><u>El trabajador gozará de un período mínimo y continuado de descanso anual remunerado por los siguientes plazos:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> a) De catorce (14) días corridos cuando la antigüedad en el empleo no exceda de cinco (5) años. b) De veintiún (21) días corridos cuando siendo la antigüedad mayor de cinco (5) años no exceda de diez (10). c) De veintiocho (28) días corridos cuando la antigüedad siendo mayor de diez (10) años no exceda de veinte (20). d) De treinta y cinco (35) días corridos cuando la antigüedad exceda de veinte (20) años. <p>[...]</p> <p>Artículo 151.- Requisitos para su goce. Comienzo de la licencia</p> <p>El trabajador, para tener derecho cada año al beneficio establecido en el artículo 150 de esta ley, deberá haber prestado servicios durante la mitad, como mínimo, de los días hábiles comprendidos en el año calendario o aniversario respectivo.</p> <p>[...]</p>
Chile	<p><u>Código de Trabajo</u></p> <p>Artículo 40 bis B.- Los trabajadores a tiempo parcial gozarán de todos los demás derechos que contempla este Código para los trabajadores a tiempo completo.</p> <p>Artículo 67.- <u>Los trabajadores con más de un año de servicio</u> tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento.</p> <p>[...]</p>

País	Regulación
Colombia	<p><u>Código Sustantivo del Trabajo</u></p> <p>Artículo 186.- Duración</p> <p>1. <u>Los trabajadores</u> que hubieren prestados sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. [...]</p>
Ecuador	<p><u>Código del Trabajo</u></p> <p>Artículo 69.- Vacaciones anuales</p> <p><u>Todo trabajador</u> tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes. [...]</p>
España	<p><u>Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores</u></p> <p>Artículo 12.- Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo</p> <p>[...]</p> <p>4. El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas: [...]</p> <p>d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.</p> <p>Artículo 38.- Vacaciones anuales</p> <p>1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales. [...]</p>

A partir de la revisión de las normas previamente citadas y las consideraciones antes esbozadas, se puede arribar a la conclusión de que, tanto los trabajadores a tiempo completo, como aquellos que cumplen una jornada a tiempo parcial, deben ser beneficiarios del derecho al descanso vacacional. Más aún si se toma en consideración que no existe un motivo objetivo y razonable que justifique una distinción al respecto.

Si bien pareciera ser que este criterio es aceptado en los distintos ordenamientos, es preocupante observar que ello no ocurre en el ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que, en el Perú, el derecho al descanso vacacional es equivalente a treinta (30) días por cada año completo de servicios, siempre que se cumpla

con el récord vacacional exigido por ley¹³, conforme a lo regulado por el Decreto Legislativo No. 713 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 012-92-TR.

Luego, a diferencia de los ordenamientos referidos en la tabla anterior, dicho derecho no es otorgado a todos los trabajadores por igual. Sobre el particular, resulta necesario hacer mención al artículo 12 del Decreto Legislativo No. 713, el cual regula lo siguiente: “*Para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes: a) La jornada ordinaria mínima de cuatro horas [...]*”. Del mismo modo, el Reglamento del Decreto Legislativo No. 713, establece en el artículo 11 que “[t]ienen derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro (04) horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el Artículo 10 del Decreto Legislativo”.

Tal como se desprende de las normas antes citadas, para poder gozar de vacaciones anuales, en la normativa laboral peruana es requisito *sine qua non* que el trabajador labore una jornada de, por lo menos, cuatro (4) horas diarias. En consecuencia, los trabajadores a tiempo parcial se encuentran, de acuerdo con la regulación nacional, excluidos del goce de este derecho, pues ellos cumplen una jornada diaria menor a cuatro (4) horas, en promedio.

Resulta evidente, al respecto, que esta exclusión atenta contra el principio de igualdad. Sobre este principio, es importante señalar que, en el ordenamiento jurídico peruano, la igualdad ha sido reconocida a nivel constitucional, pues se encuentra regulada por el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política, el cual indica que “[t]oda persona tiene derecho a: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Asimismo, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), la igualdad tiene una doble dimensión: principio y derecho. Al respecto, el mencionado Colegiado señala que:

[...] En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución [...] ¹⁴.

¹³ **Decreto Legislativo No. 713**

Artículo 10.- El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios.

Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación:

a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período.

b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período.

[...]

Comentario: Es importante resaltar que, siguiendo la línea de lo establecido por el MTPE en el Informe No. Informe No. 136-2018-MTPE/2/14.1, la jornada ordinaria a ser tomada en cuenta a fin de determinar el récord vacacional es la de la empresa.

¹⁴ Sentencia recaída en el Exp. No. 0045-2004-PI, CASO PROFA, fundamento jurídico No. 20.

De igual manera, el TC también desarrolla en su jurisprudencia lo siguiente:

[...] no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables¹⁵.

(El énfasis es añadido)

A través de estos pronunciamientos, el TC deja sentado que el principio-derecho de igualdad forma parte del ordenamiento peruano, pero también es claro al establecer que aquel solo se verá vulnerado cuando las diferencias que se realicen no tengan una justificación objetiva y razonable, tal como sucede en el presente caso, pues el hecho de que se excluya a los trabajadores a tiempo parcial del derecho al descanso vacacional no encuentra sustento alguno.

Con relación a la exclusión que se encuentra en la normativa laboral peruana, es importante hacer una precisión. El Perú, en el año 1945, ratificó el Convenio No. 52 de la OIT, “Convenio relativo a las vacaciones anuales pagadas, 1936”, de manera que éste pasó a formar parte del ordenamiento jurídico peruano. El referido convenio establece en su artículo 2 lo siguiente: “Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos” (el énfasis es añadido).

Siendo ello así, y tomando en cuenta que son de aplicación los principios de primacía del Derecho Internacional y de *pacta sunt servanda*, el ordenamiento peruano no podría excluir del goce de vacaciones a los trabajadores a tiempo parcial. De igual manera, se debe considerar lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, la cual señala que “*las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*”, con lo cual se ratifica el hecho de que el ordenamiento jurídico peruano no puede obviar lo establecido en el Convenio No. 52 de la OIT.

En ese sentido, se concluye que, a los trabajadores a tiempo parcial, a pesar de la exclusión legal, les corresponde, en cualquier supuesto, seis (6) días laborables de vacaciones por año completo de servicios, como mínimo¹⁶. No es factible entonces, de modo alguno, que se les prive de un derecho del que son titulares tanto por el convenio internacional previamente desarrollado, como por la propia Constitución, pues el artículo 25 de esta norma indica expresamente que “[l]os trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados”, sin realizar ninguna clase de excepción. En consecuencia, resulta válido afirmar que la exclusión realizada por la normativa laboral peruana califica como inconstitucional.

¹⁵ Sentencia recaída en el Exp. No. 0048-2004-AI, fundamento jurídico No. 39.

¹⁶ Esta posición ha sido adoptada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Informe No. 136-2018-MTPE/2/14.1, previamente citado.

Ahora bien, a pesar de que, como ha sido indicado, los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a vacaciones de seis (6) días por año completo de servicios, ello continúa siendo irrazonable, puesto que la diferencia entre este periodo de descanso y lo que les corresponde a los trabajadores a tiempo completo es muy amplia y no tiene justificación alguna. Así, surge la siguiente pregunta: ¿Cuál sería la manera adecuada para que la normativa laboral peruana regule el derecho al descanso vacacional de los trabajadores a tiempo parcial?

Al respecto, es dable sugerir que lo correcto es que las vacaciones sean también por treinta (30) días calendario; posición se justifica en los siguientes motivos:

- 1) Que, las normas que regulan como requisito principal para generar el derecho al descanso vacacional el cumplir un (1) año completo de servicios, requisito que, como es evidente, los trabajadores a tiempo parcial pueden cumplir a cabalidad, considerando el periodo total laborado. En este sentido, coincidiendo con Carmen Ferradans, *“aun cuando el TTP [trabajador a tiempo parcial] realice una jornada ínfima deberá gozar de las vacaciones y no trabajar durante el mes que se acuerde”* (2006, págs. 162-163); y,
- 2) Que, los trabajadores a tiempo parcial reciben (o, al menos, pueden recibir) una remuneración proporcional a las horas laboradas (tema que será abordado en el acápite VI); remuneración que, en consecuencia, sería la base para hacer todos los cálculos correspondientes a beneficios laborales, como es el caso de la remuneración vacacional. Es de esta manera como se está viendo compensada la diferencia respecto de la cantidad de horas de labor que cumplen los trabajadores a tiempo completo, motivo por el cual ya no cabría generar una afectación adicional respecto del número de días de descanso.

Finalmente, es importante indicar que, a efectos de que pueda implementarse el derecho a los treinta (30) días de vacaciones para los trabajadores a tiempo parcial, sería necesario realizar la modificación del artículo 12 del Decreto Legislativo No. 713 y el artículo 11 de su Reglamento, eliminando las referencias que realizan a la jornada mínima de cuatro (4) horas diarias para acceder al descanso vacacional. Esta propuesta será presentada en el último punto temático del presente trabajo.

5.4 Permisos y periodos de inactividad dispuestos por ley y su aplicación en los contratos a tiempo parcial

A partir de lo previamente señalado sobre el descanso vacacional, surge la necesidad de determinar el tratamiento de los permisos laborales y/o periodos de inactividad dispuestos por la normativa laboral peruana en el marco de un contrato a tiempo parcial, considerando que su aplicación podría generar cuestionamientos, en tanto estos deben ser gozados dentro de la jornada laboral. Dichos permisos y/o periodos de inactividad laboral son los que se detallan a continuación:

- 1) Horario de refrigerio.- Es el tiempo que tiene como finalidad que el trabajador lo destine a la ingesta de su alimentación principal cuando coincida con el desayuno,

almuerzo o cena, o con un refrigerio propiamente dicho, y/o al descanso. Éste no podrá ser menor a 45 minutos y no forma parte de la jornada de trabajo. *(Base legal: Artículo 7 del Decreto Supremo No. 007-2002-TR y artículo 14 del Decreto Supremo No. 008-2002-TR)*

- 2) Permiso por lactancia materna.- Permiso equivalente a una (1) hora diaria, otorgado en favor de la madre trabajadora dentro de su jornada laboral, hasta que su hijo tenga un (1) año. En caso de parto múltiple, se incrementará una (1) hora más al día. *(Base legal: Artículo 7 de la Ley No. 27240)*
- 3) Uso del lactario.- Tiempo, dentro del horario de trabajo, que tiene como fin que la madre trabajadora se extraiga la leche materna. Este tiempo no podrá ser inferior a una (1) hora por día y podrá ser mayor en caso de decisión unilateral del empleador o convenio entre las partes. Cabe indicar que éste es un periodo distinto al permiso por lactancia materna. *(Base legal: Artículo 7 del Decreto Supremo No. 001-2016-MIMP)*
- 4) Permiso por donación de sangre.- Permiso en favor del trabajador donante durante el tiempo que dure el proceso de donación. *(Base legal: Artículo 10 de la Ley No. 27282)*
- 5) Permiso para la atención de familiares con Alzheimer y otras demencias.- Permiso de hasta una (1) jornada laboral al año en favor de familiares directos y cuidadores a cargo de pacientes con Alzheimer y otras demencias, a fin de atender las necesidades del paciente. *(Base legal: Literal d) del artículo 8 de la Ley No. 30795 y artículo 16 del Decreto Supremo No. 030-2018-SA)*
- 6) Permiso en favor de trabajadores con tuberculosis.- Permiso –sujeto a compensación– en favor de los trabajadores afectados con tuberculosis, a fin de que puedan ingresar una (1) hora después o salir una (1) hora antes del centro de trabajo, en los días en los que les corresponda tratamiento, hasta su culminación. *(Base legal: Numeral 14.1 del artículo 14 de la Ley No. 30287 y numeral 16.4 del artículo 16 del Decreto Supremo No. 021-2016-SA)*
- 7) Permiso para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.- Permiso de hasta 56 horas por año calendario en favor del trabajador que tenga a su cargo una persona con discapacidad, a fin de que esta pueda recibir la asistencia médica o terapia de rehabilitación correspondiente. *(Base legal: Artículo 2 de la Ley No. 30119 y artículo 4 del Decreto Supremo No. 013-2017-TR)*

Con relación a los permisos y periodos de inactividad previamente enumerados, es importante señalar que no se ha identificado ningún dispositivo normativo dentro de la legislación laboral comparada referida anteriormente (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y España) que regule alguna precisión respecto del goce de los mismos en los casos de jornada a tiempo parcial. De igual modo ocurre con la normativa laboral peruana, ya que esta no establece precisión o exclusión alguna sobre la aplicación de estos permisos y periodos de inactividad en los contratos a tiempo parcial. Es decir, no existe norma que señale

expresamente de qué manera estos deberían ser otorgados en los casos de jornada a tiempo parcial o si, por el contrario, el empleador no se encontraría obligado a concederlos cuando el trabajador sea contratado de este modo.

Sin perjuicio de lo anterior, a partir de la literalidad de la regulación legal de los periodos y permisos indicados en la normativa laboral peruana, es posible arribar a algunas conclusiones preliminares con relación a su aplicación en los contratos a tiempo parcial, tal como se observa en la siguiente tabla:

Tabla 2. Regulación de los permisos y periodos de inactividad durante la jornada laboral y su aplicación en los contratos a tiempo parcial

No.	Permiso o periodo de inactividad	Regulación legal	¿Aplica en los contratos a tiempo parcial?
1	Horario de refrigerio	<p><u>Decreto Supremo No. 008-2002-TR</u></p> <p>Artículo 7.- En el caso de trabajo en horario corrido, <u>el trabajador tiene derecho</u> a tomar sus alimentos de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario. El tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos. El tiempo de refrigerio no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto.</p> <p><u>Decreto Supremo No. 008-2002-TR</u></p> <p>Artículo 14.- Horario de refrigerio es el tiempo establecido por la Ley que tiene como finalidad que el trabajador lo destine a la ingesta de su alimentación principal <u>cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena</u>, o de un refrigerio propiamente dicho, y/o al descanso.</p>	Sí, siempre que el horario de trabajo sea corrido y coincida con la oportunidad de una alimentación principal.
2	Permiso por lactancia materna	<p><u>Ley No. 27240</u></p> <p>Artículo 1.- Del objeto de la ley</p> <p>1.1 <u>La madre trabajadora</u>, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y <u>será otorgado dentro de su jornada laboral</u>, en ningún caso será materia de descuento. [...]</p>	Sí, dado que la norma no hace exclusión alguna con relación a las madres trabajadoras beneficiarias y, además, señala expresamente que el permiso de una (1) hora o más –de ser el caso- será otorgado dentro de la jornada laboral, sin hacer ninguna distinción al respecto.

No.	Permiso o periodo de inactividad	Regulación legal	¿Aplica en los contratos a tiempo parcial?
3	Uso de lactario	<p><u>Ley No. 29896</u></p> <p>Artículo 2.- Definición de lactario</p> <p>Para efectos de la presente Ley, el lactario es un ambiente especialmente acondicionado y digno para que <u>las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo</u>, asegurando su adecuada conservación. [...]</p> <p><u>Decreto Supremo No. 001-2016</u></p> <p>Artículo 9.- El tiempo de uso del lactario <u>durante el horario de trabajo</u> no podrá ser inferior a una hora por día. [...]</p>	Sí, puesto que la normativa citada hace referencia a las madres trabajadoras en general y establece que el uso del lactario se lleva a cabo durante el horario de trabajo (sin hacer referencia al tipo de jornada).
4	Permiso por donación de sangre	<p><u>Ley No. 27282</u></p> <p>Artículo 10.- Permisos laborales y licencias</p> <p>10.1 <u>Todo trabajador</u> que desee donar sangre tiene derecho a que su centro laboral le otorgue permiso <u>por el tiempo que demande el proceso de la donación</u>. [...]</p> <p>10.2 El empleador otorgará permiso a sus trabajadores si la institución de salud donde se ubica el Banco de Sangre no contase con horarios de atención fuera de horas de trabajo y siempre que ello no afecte la producción de su centro laboral. [...]</p>	Sí, considerando que la ley indica que será beneficiario “todo trabajador” que desee donar sangre, sin realizar distinción alguna. Asimismo, se desprende que el permiso será otorgado durante la jornada de trabajo (por el tiempo que demande la donación), siempre que la institución de salud donde se encuentra el Banco de Sangre no cuente con horarios de atención fuera de las horas de trabajo.

No.	Permiso o periodo de inactividad	Regulación legal	¿Aplica en los contratos a tiempo parcial?
5	Permiso para la atención de familiares con Alzheimer y otras demencias	<p><u>Ley No. 30795</u></p> <p>Artículo 8.- Los familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de los pacientes con enfermedad de Alzheimer y otras demencias <u>tienen derecho</u> a:</p> <p>[...]</p> <p>d) A solicitar a su empleador hasta una jornada laboral de permiso remunerado al año, a fin de atender las necesidades del paciente.</p> <p><u>Decreto Supremo No. 030-2018-SA</u></p> <p>Artículo 16.- Permiso remunerado</p> <p>16.1 El permiso remunerado regulado en el literal d) del artículo 8 de la Ley es otorgado hasta por una jornada laboral al año. Para tal efecto, <u>la jornada laboral es aquella que corresponde al trabajador que solicita el permiso.</u></p> <p>16.2 El permiso remunerado <u>puede gozarse por horas, no necesariamente continuas</u> [...]</p>	<p>Sí, pues, siendo que la finalidad es que el permiso sea utilizado durante el horario de trabajo para poder atender a familiares con Alzheimer u otras demencias, la ley señala como beneficiarios a los trabajadores que sean familiares directos y cuidadores a cargo en general, sin realizar distinción alguna con relación a la jornada de trabajo.</p> <p>Ahora bien, dado que el permiso es equivalente a una jornada laboral al año, en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, el tiempo máximo de permiso debería ser igual a su jornada promedio semanal (este punto se desarrolla más adelante).</p>
6	Permiso en favor de trabajadores con tuberculosis	<p><u>Ley No. 30287</u></p> <p>Artículo 14.- Facilidades para cumplir el tratamiento estrictamente supervisado</p> <p>14.1 <u>El trabajador afectado por tuberculosis, una vez concluido su periodo de descanso médico, tiene derecho a ingresar una hora después o salir una hora antes</u>, en los días que corresponda su tratamiento hasta su culminación, con la finalidad de que cumpla su tratamiento supervisado. Esta facilidad está sujeta a compensación.</p> <p>[...]</p>	<p>Sí, ya que la ley no realiza exclusión alguna respecto de los trabajadores beneficiarios, considerando que el objetivo es que el trabajador afectado con tuberculosis pueda cumplir a cabalidad con su tratamiento médico cuando corresponda.</p>

No.	Permiso o periodo de inactividad	Regulación legal	¿Aplica en los contratos a tiempo parcial?
7	Permiso para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad	<p><u>Ley No. 30119</u></p> <p>Artículo 2.- Otorgamiento de la Licencia</p> <p>La licencia a que se refiere el artículo 1 es otorgada con goce haber por el/la empleador/a <u>al padre, madre, tutor/a o apoyo de la persona con discapacidad</u> que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, <u>hasta por cincuenta y seis horas consecutivas o alternas anualmente.</u></p> <p>En caso se requieran horas adicionales, las licencias se compensan con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el/la empleador/a.</p>	Sí, pues la norma señala como beneficiario al trabajador que sea al padre, madre, tutor/a o apoyo de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, sin realizar precisión o exclusión alguna con relación a la jornada de trabajo. Además, debe tomarse en consideración que la finalidad es utilizar el permiso durante el horario de trabajo, para que la persona con discapacidad a cargo del trabajador pueda recibir la asistencia médica o terapia de rehabilitación cuando corresponda.

De este modo, de acuerdo con lo señalado, se puede concluir que el empleador tiene la obligación de cumplir a cabalidad, en los casos de contratación a tiempo parcial, con las disposiciones relacionadas a los permisos y periodos de inactividad regulados por ley que se otorgan durante de la jornada. Ello, debido a que no existe exclusión o limitación normativa alguna regulada con relación a los trabajadores a tiempo parcial y, además, porque, a partir de las normas citadas, se desprende que los permisos o periodos de inactividad deberán gozarse durante la jornada de trabajo, independientemente de qué tipo sea esta última.

No obstante, y sin perjuicio de la conclusión anterior, cabe cuestionar si, en efecto, no correspondería que la legislación laboral realice distinción alguna en la aplicación de estos permisos y periodos de inactividad regulados por ley en los contratos a tiempo parcial; sobre todo, si se toma en consideración que estos contratos regulan una jornada menor a cuatro (4) horas semanales en promedio, la misma que permitiría cumplir con la finalidad de los permisos regulados por ley fuera del horario laboral.

Precisamente, en virtud de lo anterior, resultaría conveniente que la normativa laboral peruana incluyera consideraciones especiales, bajo el **criterio de proporcionalidad**, para la determinación del tiempo de los permisos dentro de la jornada a tiempo parcial; específicamente, en los casos del i) permiso por lactancia materna, ii) uso de lactario, iii) permiso para la atención de familiares con Alzheimer y otras demencias y iv) permiso para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad. En efecto, sería lo más adecuado que, para la regulación de estos cuatro permisos, el tiempo establecido por las normas correspondientes fuera considerado como el tiempo regulado en favor de un trabajador a tiempo completo, disponiéndose que a un trabajador a tiempo parcial se le deberá

otorgar un tiempo de permiso proporcional, tomando en cuenta que su labor es realizada en el marco de un contrato que regula una jornada reducida.

Así, a modo de ejemplo, en caso los permisos antes mencionados fueran regulados en este sentido, la posibilidad de solicitarlos para una asistente que labora a tiempo completo, ocho (8) horas diarias cinco días a la semana (de lunes a viernes), será distinta a la de una asistente contratada a tiempo parcial, que trabaja tres horas y media (3.5) cinco días a la semana (de lunes a viernes), tal como se observa a continuación:

- Siendo que el permiso por lactancia materna se otorga por una (1) hora diaria –en caso de parto regular-, la asistente que labora a tiempo completo gozaría de este permiso de forma íntegra, mientras la asistente contratada a tiempo parcial gozaría del tiempo proporcional, es decir, de 24 minutos diarios de permiso, considerando lo siguiente:

Siendo que:

8 horas de jornada diaria	es a	1 hora de permiso diario
3.5 horas de jornada diaria	es a	X hora de permiso diario

Donde:

$$X = \frac{3.5 \times 1}{8} = 0.4 \text{ hora (24 minutos)}$$

- En lo que respecta al uso del lactario, se brinda en favor de la madre trabajadora un permiso de, por lo menos, una (1) hora diaria. Al igual que en el caso anterior, la asistente que labora a tiempo completo gozaría de este permiso de forma íntegra, pero la asistente contratada a tiempo parcial gozaría de 24 minutos diarios de permiso.
- Por su parte, el permiso para la atención de familiares con Alzheimer y otras demencias puede ser solicitado hasta por una jornada laboral al año (la jornada que corresponde al trabajador solicitante). En ese sentido, la asistente que labora a tiempo completo podrá solicitar dicho permiso por un máximo de ocho (8) horas al año, mientras que la asistente contratada a tiempo parcial solo podrá solicitarlo hasta por un total de tres horas y media (3.5) al año-siendo que esta es la jornada diaria promedio aplicable a su contrato de trabajo-.
- Finalmente, el permiso para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad se brinda hasta por un total de 56 horas consecutivas o alternas anuales. Siendo ello así, la asistente que labora a tiempo completo tendrá a su disposición dicha bolsa de horas, pero la asistente contratada a tiempo parcial solo podrá solicitar un máximo de 24.5 horas de permiso al año, de acuerdo con lo siguiente:

Siendo que:

8 horas de jornada diaria es a 56 horas de permiso
3.5 horas de jornada diaria es a X horas de permiso

Donde:

$$X = \frac{3.5 \times 56}{8} = 24.5 \text{ horas}$$

Cabe indicar que, en lo que respecta al horario de refrigerio, permiso por donación de sangre y permiso en favor de trabajadores con tuberculosis, no sería posible regular un otorgamiento proporcional de estos permisos o periodos de inactividad, debido a lo siguiente:

- Con relación al horario de refrigerio, éste debe ser equivalente, como mínimo y en cualquier caso, a 45 minutos. Por este motivo, si a un trabajador a tiempo completo se le otorga este tiempo, a un trabajador a tiempo parcial no podrá brindársele el tiempo proporcional, ya que infringiría lo establecido por ley. Además, la finalidad de este horario es que el trabajador pueda ingerir sus alimentos, para lo cual la ley ha establecido un tiempo mínimo que debe ser cumplido en favor de todos los trabajadores, sin distinción.
- En el caso del permiso por donación de sangre, considerando que la Ley No. 27282 establece, expresamente, que este permiso será otorgado por el tiempo que dure el proceso de donación, no sería posible determinar un permiso proporcional en favor del trabajador a tiempo parcial, ya que éste depende, exclusivamente, del tiempo que demore la donación (lo cual deberá acreditarse con el certificado o constancia correspondiente).
- Finalmente, en el caso del permiso en favor de trabajadores con tuberculosis, siendo que la finalidad del mismo es que estos trabajadores puedan cumplir con su tratamiento en los días correspondientes, no sería posible establecer un permiso proporcional, dado que la salud del trabajador y su adecuada recuperación son prioritarias. Aunado a ello, es necesario indicar que, a diferencia de los otros permisos o periodos de inactividad señalados en la tabla No. 2, el permiso en favor de trabajadores con tuberculosis es el único que se encuentra sujeto a compensación (artículo 14.1 de la Ley No. 30287), con lo cual el trabajador tendrá la obligación de laborar las horas de permiso de manera posterior y, por ende, no conllevaría perjuicio alguno para el empleador.

Por otro lado, de forma alternativa a la proporcionalidad antes referida, podría regularse la posibilidad de **acumular los tiempos de permiso** establecidos, a fin de generar días completos de licencia; específicamente, en el caso del permiso por lactancia materna. Con relación a esta posibilidad de acumulación, es preciso hacer referencia al numeral 4 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de España, el cual dispone que, en los casos de permiso por lactancia (en dicha legislación, “permiso para el

cuidado del lactante”), equivalente a una (1) hora diaria, existe la posibilidad de que el trabajador beneficiario pueda “sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella”.

Si bien la legislación española dispone esta alternativa en favor de cualquier trabajador, en el caso peruano, tendría ser que ser regulada -para efectos del presente trabajo- en beneficio de las madres trabajadoras contratadas a tiempo parcial, lo cual brindaría la posibilidad de que estas pudieran gozar de días de licencia adicionales al periodo postnatal mediante la acumulación sus permisos por lactancia (los que les corresponda hasta que su hijo cumpla un año de edad) y, además, implicaría, a su vez, un beneficio para el empleador, pues la jornada a tiempo parcial establecida no se vería interrumpida diariamente por el tiempo de lactancia que le corresponda a la trabajadora.

Cabe indicar que la acumulación de días de licencia en favor de la trabajadora a tiempo parcial deberá realizarse tomando en consideración su jornada diaria promedio, a fin de determinar el número total de días licencia que le correspondería. De esta manera, a modo de ejemplo, en el caso de una trabajadora que labora tres horas y media (3.5) cinco días a la semana (de lunes a viernes) y que tuviera a su favor un total de 180 horas de permiso por lactancia (contados a partir del término de su periodo postnatal y hasta que su hijo cumpla un año), podría acordar con el empleador, de forma previa a su regreso a las labores, acumularlas y gozar de un total de 51 días de licencia (180/3.5), los cuales tendrían que hacerse efectivos una vez culminado el periodo postnatal.

Finalmente, tomando en consideración todo lo antes indicado, es importante indicar que, para implementar las propuestas relacionadas al criterio de proporcionalidad y a la acumulación de los tiempos de permiso en los casos de contratación a tiempo parcial, resulta necesario que dichas posibilidades sean incluidas en la regulación actual, motivo por el cual se presentará una propuesta normativa sobre el particular en el último acápite del presente documento.

VI. Remuneración y beneficios sociales

Otro tema relacionado a los contratos a tiempo parcial, cuyo abordaje resulta esencial, es el correspondiente a la remuneración y los beneficios sociales; en este último caso, específicamente, la compensación por tiempo de servicios y la participación en las utilidades. En ese sentido, a fin de evaluar de la mejor manera dichas materias, en el presente acápite será desarrollado, respecto de cada una ellas, i) su concepto y finalidad; ii) cómo se determinan o cómo deberían ser determinadas en el marco de un contrato a tiempo parcial; y, finalmente, iii) qué señala la normativa laboral peruana sobre el particular. A continuación, se realizará el desarrollo de cada uno de los puntos antes indicados.

6.1 Determinación de la remuneración en los contratos a tiempo parcial

Con relación a la determinación de la remuneración en los contratos a tiempo parcial, surge la duda de cuál es la fórmula adecuada para establecer el monto de la retribución por el trabajo

realizado; en otras palabras, se requiere saber qué criterios se deben considerar para ello. De este modo, en el presente apartado, se buscará dilucidar, precisamente, qué aspectos deben valorarse para determinar la remuneración a pagar a un trabajador que realiza menos horas de labor que un trabajador a tiempo completo, tomando en cuenta, para ello, la naturaleza y finalidad de la remuneración, así como las sugerencias brindadas por la doctrina sobre el particular.

6.1.1 Remuneración: concepto y particularidades en el contrato a tiempo parcial

Como es conocido, la relación laboral consiste en la prestación personal de servicios por parte del trabajador y el pago de una retribución por parte del empleador. Dicha retribución recibe el nombre de “remuneración”, la misma que, conforme se desprende de lo indicado, es una contraprestación por los servicios prestados por el trabajador. En ese sentido, se puede afirmar, de modo contrario, que *“cuando no exista ni prestación personal ni subordinación –elemento propio del contrato de trabajo- en un contrato de servicios, el pago de estos últimos será considerado como una retribución mas no como una remuneración”* (Arce, 2013, pág. 321). Cabe indicar, además, que esta contraprestación, la misma que puede ser otorgada en dinero o en especie, debe ser de libre disposición para el trabajador, lo cual permite que se cumpla a cabalidad con el objeto de retribuir el trabajo realizado.

Habiendo determinado qué es la remuneración, resulta fundamental hacer referencia a la finalidad o función de la misma. Así, sobre el particular, Alfredo Montoya señala que la remuneración, además de retribuir la labor del trabajador –función retributiva-, procura su mantenimiento o subsistencia (Montoya, 2013, pág. 375). Es decir, la remuneración también tiene una función económico-social, que busca que el trabajador mantenga un nivel de vida mínimo, que permita cubrir sus necesidades básicas con la finalidad de que logre *“un bienestar material y espiritual”*, sobre todo si se toma en cuenta que *“la remuneración es el medio de vida básico, a menudo único, de los trabajadores por cuenta ajena y sus familias”* (Arce, 2008, pág. 344).

Al respecto, es importante señalar que todos los contratos laborales, sin distinción, tienen como elemento principal de la relación jurídica a la remuneración, la cual, en cualquier supuesto, cuenta con las características previamente indicadas. No obstante, es necesario precisar también que, en el caso de los contratos a tiempo parcial, esta remuneración cuenta con ciertas características particulares, que son las siguientes:

- 1) La remuneración a ser abonada al trabajador a tiempo parcial se calcula de forma proporcional a la que recibe el trabajador a tiempo completo en situación comparable; y,
- 2) La remuneración del trabajador a tiempo parcial podría ser menor a la remuneración mínima vital, considerando la proporcionalidad indicada en el numeral anterior.

En los siguientes acápites se abordará cada uno de los elementos característicos mencionados, a fin de analizar el tratamiento que se viene otorgando a la remuneración en los contratos a tiempo parcial en el ordenamiento jurídico peruano.

6.1.2 Proporcionalidad de la remuneración

Considerando que los contratos a tiempo parcial son, por definición, aquellos en los que la jornada de trabajo es menor a la que cumple un trabajador a tiempo completo, resulta necesario establecer cuáles serían los criterios a tomar en cuenta para poder determinar de manera adecuada la remuneración a abonar en favor del trabajador a tiempo parcial; tema que será abordado en los puntos siguientes del presente acápite.

6.1.2.1 Proporcionalidad de la remuneración en los contratos a tiempo parcial

Con relación a la determinación de la remuneración en el marco de los contratos a tiempo parcial, resulta pertinente citar a Carmen Ferradans, quien, al respecto, explica lo siguiente:

La jornada de trabajo y la retribución son los dos aspectos que perfilan la sinalagmaticidad del vínculo laboral, y esto se refleja claramente en el trabajo a tiempo parcial, ya que siendo su rasgo más característico la disminución de la jornada de trabajo, sus repercusiones tienen un correlato inmediato en la reducción proporcional de salario. De esta forma se mantiene el principio de equivalencia en las prestaciones, puesto que a una menor duración del tiempo de trabajo corresponde un menor desembolso económico del empresario. (2006, pág. 166)

(El énfasis es añadido)

A partir de este extracto, se puede afirmar, en primer lugar, que la disminución de la jornada de trabajo en los contratos a tiempo parcial traerá consigo, inevitablemente, que la remuneración a ser pagada al trabajador disminuya, tomando como referencia o base el salario que hubiera sido consignado para un trabajador a tiempo completo. Ello, considerando la reciprocidad de las prestaciones pactadas en el contrato de trabajo (sinalagma).

En segundo lugar, dado que la autora hace referencia al principio de equivalencia de las prestaciones, debe entenderse que la reducción de la remuneración deberá realizarse de manera proporcional al tiempo que labore el trabajador a tiempo parcial, en comparación con el trabajador a tiempo completo.

Finalmente, de la cita anterior, se desprende que la sinalagmaticidad de los contratos de trabajo permite a los empleadores evitar pérdidas en el marco de un vínculo laboral, puesto que, en los casos en que los trabajadores contratados laboren una jornada menor a la que realizan los trabajadores a tiempo completo, corresponde que se abone un monto menor por concepto de remuneraciones también, impidiendo, así, un pago sin sustento (es decir, por horas que no han sido trabajadas).

Con relación a la proporcionalidad en el pago a la que se refiere la autora, es importante hacer mención a que dicha propuesta resulta lógica y coherente con el desarrollo de las labores de un trabajador a tiempo parcial. En efecto, como su propio nombre lo indica, estos trabajadores llevan a cabo el trabajo de modo “parcial” o “incompleto” en cuanto a la jornada de trabajo ordinaria; motivo por el cual, para que el pago de la remuneración sea equivalente a dicho tiempo de trabajo, el empleador solo deberá abonar lo correspondiente a las horas de labor realizadas por el trabajador, tomando como referencia el monto total abonado a un trabajador a tiempo completo.

Así, a modo de ejemplo, una empresa contrata primero a un asistente para que labore a tiempo completo, ocho (8) horas diarias cinco días a la semana (de lunes a viernes), con una remuneración mensual de S/ 2,200.00 (Dos mil doscientos con 00/100 Soles). Unos meses después, contrata a otro asistente -que se encuentra estudiando una carrera universitaria- para que labore a tiempo parcial, tres horas y media (3.5) cinco días a la semana (de lunes a viernes). En este caso, la remuneración mensual del trabajador a tiempo parcial debería ser equivalente a S/ **962.50** (Novecientos sesenta y dos con 50/100 Soles), considerando la siguiente operación:

Siendo que:

$$\begin{array}{lcl} 8 \text{ horas} \times 5 \text{ días} & = & 40 \text{ horas de trabajo a la semana (tiempo completo)} \\ 3.5 \text{ horas} \times 5 \text{ días} & = & 17.5 \text{ horas de trabajo a la semana (tiempo parcial)} \end{array}$$

Se tiene que:

$$\begin{array}{lcl} 2200 \text{ Soles} & \text{es a} & 40 \text{ horas de trabajo a la semana} \\ X \text{ Soles} & \text{es a} & 17.5 \text{ horas de trabajo a la semana} \end{array}$$

Donde:

$$X = \frac{2200 \times 17.5}{40} = 962.50 \text{ Soles (remuneración mensual a tiempo parcial)}$$

Como se observa, mediante esta operación, se ha obtenido la remuneración proporcional a las horas de trabajo realizadas por el trabajador a tiempo parcial en comparación con un trabajador contratado a tiempo completo. De este modo, se ha cumplido a cabalidad con el principio de equivalencia de las prestaciones al que se hizo referencia previamente.

Adicionalmente, es importante señalar que la proporcionalidad de la remuneración, en cuanto a las horas laboradas en los casos de contratos a tiempo parcial, ha sido una alternativa adoptada en diversos ordenamientos jurídicos de la región y europeos (en específico, el ordenamiento español), tal como se muestra a continuación:

Tabla 3. Regulación de la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial en otros ordenamientos

País	Regulación
Argentina	<p><u>Ley de Contrato de Trabajo</u></p> <p>Artículo 92 TER.- Contrato de trabajo a tiempo parcial</p> <p>1. El contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad. En este caso <u>la remuneración no podrá ser inferior a la proporcional, que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo</u>. Si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa. [...]</p>
Chile	<p><u>Código de Trabajo</u></p> <p>Artículo 44.- [...] El monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se <u>convinieren jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo</u>. [...]</p>
Colombia	<p><u>Código Sustantivo del Trabajo</u></p> <p>Artículo 147.- Procedimiento de fijación</p> <p>1. El salario mínimo puede fijarse en pacto o convención colectiva o en fallo arbitral. [...]</p> <p>3. Para quienes laboren jornadas inferiores a las máximas legales y devenguen el salario mínimo legal o convencional, <u>éste regirá en proporción al número de horas efectivamente trabajadas</u>, con excepción de la jornada especial de treinta seis horas previstas en el artículo siguiente.</p>
Ecuador	<p><u>Código del Trabajo</u></p> <p>Artículo 82.- Remuneraciones por horas: diarias, semanales y mensuales</p> <p>[...] Si en el contrato de trabajo se hubiere estipulado la prestación de servicios personales por jornadas parciales permanentes, la remuneración se pagará tomando en consideración la <u>proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa</u>, que no podrá ser inferior a los mínimos vitales generales o sectoriales. [...]</p>

País	Regulación
España	<p><u>Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores</u></p> <p>Artículo 12.- Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo</p> <p>[...]</p> <p>4. El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:</p> <p>[...]</p> <p>d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos <u>de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.</u></p>

Ahora bien, con relación a la fórmula de la proporcionalidad, que es aceptada de forma general, es importante realizar la siguiente pregunta: ¿Quién debe ser el trabajador a tiempo completo respecto del cual se realice el cálculo de la remuneración proporcional? La respuesta a esta pregunta es aquel trabajador a tiempo completo en situación comparable o, en su defecto, aquel que se encuentre dentro de la misma categoría o grupo profesional (Ferradans, 2006, pág. 168).

Esta afirmación guarda sustento en la necesidad de garantizar un *sueldo justo*, ya que resulta razonable que la remuneración de un asistente a tiempo parcial se determine en función la remuneración de un asistente a tiempo completo –como en el ejemplo antes propuesto–, en tanto llevan a cabo labores de igual valor, pero con jornadas diferentes. En cambio, no resultan situaciones comparables la labor realizada a tiempo parcial por un profesor universitario, con el trabajo a tiempo completo de una recepcionista, puesto que son trabajos sustancialmente diferentes en términos de estudios requeridos, especialización, entre otros y, por ende, no tienen igual valor en términos remunerativos, con lo cual no podría aplicarse la proporcionalidad.

De esta manera, se deberán considerar y tener presente los cuadros de categorías y funciones que cada empleador establezca o, de ser el caso, las categorías y mínimos remunerativos establecidos por convenio colectivo –aunque, en el Perú, esto último no es usual–, a fin de determinar cuál será la remuneración (a tiempo completo) que se tomará como base para realizar el cálculo de la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial que se encuentren dentro de la misma categoría.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que la remuneración del trabajador a tiempo completo que se tomará como base para el cálculo de la remuneración del trabajador a tiempo parcial correspondiente, deberá considerar los montos remunerativos que sean entregados al trabajador en virtud del puesto o categoría que ocupa, mas no deberá incluir aquellos complementos remunerativos que sean otorgados al trabajador a tiempo completo por razones especiales y/o personales (por ejemplo, bono por antigüedad, bono por trabajo nocturno, entre otros), las cuales el trabajador a tiempo parcial –en principio– no cumpliría.

En ese sentido, siguiendo con el ejemplo antes propuesto, se tiene que un asistente a tiempo completo recibe S/ 2,200.00 (Dos mil doscientos con 00/100 Soles) mensuales, pero, de ese

monto, S/ 200.00 (Doscientos con 00/100 Soles) corresponden a un bono por antigüedad, pues tiene más de cinco (5) años en la empresa. En consecuencia, la remuneración mensual del trabajador a tiempo parcial –que recién ha sido contratado en la empresa- deberá ser calculada en función de los S/ 2,000.00 (Dos mil con 00/100 Soles) restantes, que son el sueldo base de un asistente a tiempo completo. De este modo, el asistente a tiempo parcial deberá recibir una remuneración mensual ascendente a **S/ 875.00** (Ochocientos setenta y cinco con 00/100 Soles), de acuerdo con la siguiente operación:

Siendo que:

$$\begin{array}{lcl} 8 \text{ horas} \times 5 \text{ días} & = & 40 \text{ horas de trabajo a la semana (tiempo completo)} \\ 3.5 \text{ horas} \times 5 \text{ días} & = & 17.5 \text{ horas de trabajo a la semana (tiempo parcial)} \end{array}$$

Se tiene que:

$$\begin{array}{lcl} 2000 \text{ Soles} & \text{es a} & 40 \text{ horas de trabajo a la semana} \\ X \text{ Soles} & \text{es a} & 17.5 \text{ horas de trabajo a la semana} \end{array}$$

Donde:

$$X = \frac{2000 \times 17.5}{40} = 875 \text{ Soles (remuneración tiempo parcial)}$$

6.1.2.2 Proporcionalidad de la remuneración de los contratos a tiempo parcial en la normativa laboral peruana

Con relación a este punto, es necesario indicar que, si bien se cuenta con diversa información sobre la proporcionalidad que debe aplicarse para el cálculo de la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial y sobre cómo este criterio es aplicado en distintos ordenamientos, la normativa laboral peruana no regula nada al respecto. Es decir, no se establece un criterio de proporcionalidad para determinar la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial, salvo en lo que respecta a la remuneración mínima vital, norma contenida en el artículo 3 de la Resolución Ministerial No. 091-92-TR (aspecto que será abordado en un siguiente punto).

Ahora bien, considerando que no se ha regulado el criterio de la proporcionalidad, se tiene que la determinación de la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial se realiza sin considerar lineamiento alguno. Usualmente, se realiza un pago por las horas laboradas, estableciendo un valor que no necesariamente se condice con el valor-hora de un trabajador a tiempo completo. En ese sentido, al no existir verdadera correspondencia entre la remuneración que se paga a un trabajador a tiempo completo y la abonada a un trabajador a tiempo parcial, la remuneración establecida para este último no calificaría como un “sueldo justo”.

Al respecto, es preciso señalar que, sin perjuicio de que no exista criterio alguno regulado expresamente para determinar el monto de las remuneraciones de los trabajadores a tiempo parcial, debe tomarse en consideración que, a fines del año 2017, se promulgó la Ley No.

30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la cual se estableció el deber por parte de los empleadores de implementar cuadros de categorías y funciones y bandas salariales. Así, considerando que estos instrumentos cuentan con referencias remunerativas para los trabajadores a tiempo completo de cada una de las categorías establecidas (referencias que son determinadas luego de llevar a cabo una valoración de puestos), deberían ser empleados con la finalidad de calcular la remuneración proporcional de los trabajadores a tiempo parcial, a fin de que el monto obtenido califique como un sueldo justo.

Cabe indicar que, con la fórmula planteada en el párrafo anterior, se cubriría el vacío que existe respecto del cálculo de la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial, lo cual evitaría, al mismo tiempo, que se siga “sub compensando” la labor realizada por estos.

Sin perjuicio de lo previamente indicado, es importante hacer las siguientes precisiones: i) Si luego de realizar el cálculo de la remuneración proporcional a ser pagada al trabajador a tiempo parcial, se obtuviera una cifra inferior a la RMV, corresponderá abonarle a éste el monto equivalente a la RMV; y ii) en aquellos casos en que el trabajador a tiempo completo perciba como remuneración una RMV (de acuerdo a lo establecido en el cuadro de categorías correspondiente) y que, por ende, este monto debiera ser la base para el cálculo de la remuneración proporcional del trabajador a tiempo parcial, corresponderá que a éste se le abone la misma remuneración que se otorga al trabajador a tiempo completo (es decir, la RMV) y no el monto proporcional que se obtenga como resultado. Lo contrario, en cualquiera de los dos supuestos, atentaría contra la finalidad propia de la RMV (tal como será explicado en el siguiente acápite).

6.1.3 Remuneración mínima vital en los contratos a tiempo parcial

Considerando la finalidad económico-social antes indicada, las legislaciones establecen en sus ordenamientos distintas formas de protección de la remuneración, entre ellas, la determinación de remuneraciones mínimas (Montoya, 2013, pág. 376). Al respecto, la remuneración mínima se define como el monto mínimo o el sueldo base (establecido a nivel general o por sector económico) que debe recibir un trabajador en el marco de cualquier relación laboral.

Luego, si bien este sueldo base, como es evidente, puede ser mejorado por convenio colectivo o por pacto individual, no se puede establecer una retribución menor al mismo, pues dicho acuerdo sería nulo (Montoya, 2013, pág. 381). Se afirma la producción de esta consecuencia considerando, por un lado, que se trata un “piso” establecido normativamente por el gobierno¹⁷ y que, por ende, tiene fuerza de ley¹⁸; y, por otro, que este “piso” prioriza la finalidad económico-social de la remuneración, dejando como un aspecto secundario la finalidad retributiva, motivo por el cual debe cumplirse con esta base salarial para poder

¹⁷ El monto de la remuneración mínima es establecido, generalmente, por el gobierno de un país, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas (Ramírez, 2008, pág. 451), siendo revisado cada cierto tiempo, a fin de que se actualice.

¹⁸ De conformidad con lo establecido por el artículo 2 del Convenio 131 de la OIT.

asegurar “*un mínimo nivel de subsistencia para el trabajador y su familia*” (Arce, 2013, pág. 377).

Este último aspecto guarda sentido con lo dispuesto por el artículo 3 del Convenio 131 de la OIT, Convenio sobre la fijación de salarios mínimos –no ratificado por el Perú-, el cual señala lo siguiente:

Artículo 3.- Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales, los siguientes:

- (a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales;
- (b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

Como se observa, para establecer las remuneraciones mínimas, debe considerarse las necesidades de los trabajadores y de sus familias, con lo cual queda demostrado que estos sueldos base buscan, precisamente, cubrir dichas necesidades y garantizar un nivel mínimo de vida para aquellos.

A pesar de estos criterios y de la finalidad económico-social de la remuneración mínima vital, la normativa laboral peruana, mediante el artículo 3 de la Resolución Ministerial No. 091-92-TR, dispone lo siguiente:

Artículo 3.- Cuando por la naturaleza del trabajo o convenio, el servidor labore menos de cuatro (4) horas diarias, percibirá el equivalente de la parte proporcional de la Remuneración Mínima Vital establecida tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada ordinaria del centro de trabajo donde presta servicios.

[...]

(El énfasis es añadido)

A partir de lo establecido por esta norma, se desprenden dos conclusiones: la primera, que solo los trabajadores que laboren a partir de cuatro (4) horas podrán recibir como salario mínimo un monto equivalente a una remuneración mínima vital (en adelante, RMV); y la segunda, que, en consecuencia, los trabajadores a tiempo parcial –es decir, aquellos que laboran menos de cuatro (4) horas diarias en promedio- percibirán, como remuneración mínima, un salario menor a la RMV, siendo que esta se verá reducida de manera proporcional a las horas que trabajan en comparación con la jornada ordinaria del centro de trabajo donde laboran.

Al respecto, es preciso señalar que, si bien la norma antes citada regula lo correspondiente a la determinación de la RMV, se observa que esta, a su vez, de manera indirecta, facultaría a los empleadores para pagar, en cualquier caso, una “remuneración mínima proporcional” a un trabajador a tiempo parcial, debido a que, por un lado, la redacción de la norma no es clara y tajante con relación a que su tenor solo estaría haciendo referencia a la determinación del sueldo mínimo que debe recibir un trabajador a tiempo parcial –es decir, no deja sentado que su remuneración puede ser equivalente a un monto mayor-; y, por otro, no se cuenta en el ordenamiento con alguna otra norma que, de forma complementaria, establezca criterios

adicionales a tomarse en cuenta para determinar la remuneración que corresponde pagar a los trabajadores a tiempo parcial en cada caso concreto.

De este modo, la norma solo indica que el cálculo de la remuneración mínima proporcional deberá realizarse tomando como base la jornada ordinaria del centro de trabajo, sin realizar referencia alguna a un trabajador a tiempo completo en situación comparable ni a un trabajador que se encuentre en la misma categoría o grupo profesional, a fin de determinar el pago del salario del trabajador a tiempo parcial.

Así, de conformidad con lo regulado por el dispositivo normativo en cuestión, se deberá asumir que la RMV es la retribución mínima que corresponde pagar por el total de la jornada ordinaria del centro de trabajo (mínimo cuatro horas diarias en promedio) y, en función de ello, se debe calcular la remuneración mínima proporcional, considerando las horas de jornada que labora el trabajador a tiempo parcial (menos de cuatro horas diarias en promedio). En ese sentido, por ejemplo, si en una empresa la jornada ordinaria del centro de trabajo es de seis (6) horas diarias de lunes a viernes y el trabajador solo trabaja tres horas (3) los mismos días, la remuneración mínima proporcional se calculará de la siguiente manera:

Siendo que:

6 horas x 5 días	=	30 horas de trabajo a la semana (tiempo completo)
3 horas x 5 días	=	15 horas de trabajo a la semana (tiempo parcial)

Se tiene que:

Por 30 horas de trabajo a la semana:	930.00 Soles (RMV en el Perú)
Por 15 horas de trabajo a la semana:	X Soles

Entonces:

$$X = \frac{930 \times 15}{30} = 465 \text{ Soles (remuneración mínima tiempo parcial)}$$

Como es evidente, a partir del cálculo establecido por el artículo 3 de la Resolución Ministerial No. 091-92-TR, en cualquier supuesto, se obtendrá para los trabajadores a tiempo parcial una remuneración mínima menor a una RMV (tal como sucede en el ejemplo anterior). Siendo ello así, se determina que esta situación vulnera, a todas luces, lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Política del Perú¹⁹, el cual regula el derecho de los trabajadores a una remuneración, en los siguientes términos:

Artículo 24.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones

¹⁹ Si bien la Constitución Política fue expedida en el año 1993, es decir, de manera posterior a la Resolución Ministerial No. 091-92-TR (1992), esta se mantiene vigente hasta la fecha, motivo por el cual resulta pertinente evaluar su comportamiento respecto de la Norma Suprema.

mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

(El énfasis es añadido)

Tal como se observa, el ordenamiento jurídico peruano ha regulado, a nivel constitucional, la finalidad económico-social de la remuneración, con lo cual se ha otorgado una especial protección al derecho a la remuneración. Sin embargo, a pesar de ello, la Resolución Ministerial No. 091-92-TR mantiene la posibilidad de que la remuneración mínima que reciba un trabajador a tiempo parcial pueda ser menor a la RMV, lo cual atenta en contra del concepto constitucional de remuneración equitativa y suficiente e impide la obtención del bienestar material y espiritual que se pretende para el trabajador y su familia. En palabras de Elmer Arce, a través de esta regulación *“el legislador transforma la dimensión social de la RMV, sustentada en el principio de suficiencia (función desmercantilizadora del salario), en un monto que retribuye la efectiva prestación del servicio del trabajador. Ya no se asegura la subsistencia mínima del trabajador y su familia, sino se busca retribuir la efectiva labor prestada por el trabajador”* (2013, pág. 378).

De igual manera, cabe añadir, esta situación resulta contraria al principio-derecho a la igualdad, cuyo mandato se sintetiza en que no pueden realizarse distinciones, salvo que exista una causa objetiva y razonable que lo justifique. En el presente caso, no existiría ninguna causa que cumpla con estas características para justificar que la remuneración mínima a pagar a un trabajador a tiempo parcial pueda ser menor a la RMV, sobre todo si se toma en cuenta que esta tiene una finalidad tan elemental como asegurar una calidad de vida mínima al trabajador y a su familia y, permitiendo el pago de un monto menor, se está yendo en contra de dicho propósito. De este modo, por las consideraciones previamente señaladas, es posible afirmar que el artículo 3 de la Resolución Ministerial No. 091-92-TR califica como una norma inconstitucional.

Por lo tanto, de modo contrario a lo que dispone la Resolución Ministerial No. 091-92-TR, todo trabajador debería percibir, incluso en los casos en que realice una jornada a tiempo parcial, por lo menos, el monto equivalente a una RMV, a efectos de poder cumplir con la finalidad de esta –la cual guarda correspondencia con la norma constitucional- y con la finalidad de los contratos a tiempo parcial.

Al respecto, los fundamentos que sustentan las afirmaciones antes realizadas son los siguientes:

- 1) La finalidad de la remuneración mínima. - Tal como fuera indicado previamente, la remuneración mínima tiene como finalidad esencial una de tipo económico-social, la cual deja en un plano secundario la finalidad retributiva de la remuneración. Dicha finalidad económico-social pretende asegurar un nivel mínimo de vida para el trabajador y su familia.

En ese sentido, si se permitiera –en el caso de trabajadores a tiempo parcial- la posibilidad de pagarles una remuneración mínima proporcional a la RMV que le corresponde un trabajador a tiempo completo, se estaría generando una vulneración a los derechos del trabajador y de su familia, sobre todo tomando en consideración

que se restringe –aún más- la posibilidad de que estos puedan contar con los medios suficientes para acceder a los servicios de salud, educación, entre otros servicios básicos.

- 2) La finalidad de los contratos a tiempo parcial.- En adición a lo anterior, es necesario recordar que la finalidad de los contratos a tiempo parcial –de cara al trabajador- es poder conciliar la vida personal y laboral, motivo por el cual –conforme se explicó en el acápite II- los casos típicos de trabajadores a tiempo parcial son las madres trabajadoras y los estudiantes. En ese sentido, resulta lógico concluir que el trabajo con el que estos trabajadores cuentan es (o debería ser) único y que, por ende, la remuneración que les es abonada sería el único ingreso que reciben.

De este modo, negarles la posibilidad de recibir, por lo menos, la RMV establecida atentaría contra la finalidad de los contratos a tiempo parcial, puesto que se verían obligados a buscar obtener recursos a través de otros medios o contratos de trabajo y, en consecuencia, no lograrían conciliar su vida personal con la laboral. Ello, sin perjuicio de que esta situación vulnera también los derechos del trabajador y de su familia en el sentido señalado en el numeral anterior.

En virtud de todo lo todo lo previamente indicado, es posible concluir que un trabajador a tiempo parcial deberá percibir, como mínimo y en todo supuesto, una RMV. En ese sentido, el cálculo de su remuneración mínima no podrá sujetarse al cálculo proporcional de la RMV, pues llevar a cabo dicho cálculo, por un lado, vulnera los derechos del trabajador y su familia (dado que atenta contra la finalidad económico-social de la remuneración); y, por otro, trae consigo que la finalidad propia del contrato a tiempo parcial se desvirtúe.

Finalmente, considerando que el artículo 3 de la Resolución Ministerial No. 091-92-TR califica como una norma inconstitucional, por ir en contra de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Política, resulta necesario establecer nuevas reglas que permitan tutelar los derechos de los trabajadores y salvaguardar la finalidad de los contratos a tiempo parcial. Estas nuevas reglas deberán incluir, necesariamente, lineamientos orientados a determinar un sueldo justo para los trabajadores a tiempo parcial, ya que, en la actualidad, la normativa laboral peruana no cuenta con ellos.

6.2 Beneficios sociales en los contratos a tiempo parcial

En adición al tema de la remuneración, es relevante poder analizar lo relacionado a los beneficios sociales de los trabajadores a tiempo parcial. Al respecto, debe indicarse, en primer lugar, que los beneficios sociales los *“son todos aquellos beneficios establecidos por ley, tales como la compensación por tiempo de servicios (CTS), la indemnización por despido arbitrario, el seguro de vida, las vacaciones, las gratificaciones, la participación en las utilidades de la empresa y demás derechos laborales establecidos por ley, diferenciándolos de los beneficios establecidos convencionalmente”* (Bueno, 2006, pág. 71).

Luego, si bien los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a recibir la mayoría de los beneficios sociales antes señalados (por ejemplo, las gratificaciones, asignación familiar, seguro de vida ley, entre otros), se tiene que, en el ordenamiento jurídico peruano, la

percepción de otros beneficios sociales por parte de estos trabajadores se encuentra restringida, ya sea porque no son considerados como beneficiarios del derecho o porque la aplicación del mismo se ve afectada en lo que respecta al tiempo de servicios. Este es el caso de la compensación por tiempo de servicios y de la participación en las utilidades, respectivamente.

En el presente apartado, se realizará un análisis jurídico detallado de ambos beneficios sociales, tomando en consideración la regulación actual contenida en la normativa laboral peruana, a efectos de llevar a cabo una reflexión final al respecto.

6.2.1 Compensación por tiempo de servicios y los contratos a tiempo parcial

La compensación por tiempo de servicios (en adelante, CTS) es un beneficio social regulado en la normativa laboral peruana, cuyo objeto es cubrir y/o *“hacer frente a las necesidades que origina la pérdida de trabajo”* (Bardales & Quispe, 2009, pág. 85). De igual manera, coincidiendo con Fernando Álvarez, debe añadirse que la CTS

constituye una retribución independiente de la remuneración, a que tiene derecho el servidor anualmente [depositada de manera semestral] por el desgaste de energías experimentado en dicho período, retribución que no les es pagada al término de cada año, sino diferida al momento de la terminación del contrato de trabajo y cuya cuantía se determina en función al monto del sueldo o salario y al tiempo servido por el trabajador” (1985, pág. 9).

(El énfasis es añadido)

Como se observa, este beneficio se va acumulando durante cada año de trabajo, con la finalidad de que el trabajador pueda acceder al mismo al culminar el vínculo laboral con su empleador. En ese sentido, se puede afirmar que no tiene una finalidad retributiva respecto de la labor realizada por el trabajador. Por el contrario, cuenta con una finalidad protectora o previsional (Bardales & Quispe, 2009, pág. 85), que busca, de manera primordial, brindar al trabajador un elemento de apoyo ante una situación desfavorable tanto para él como para su familia: el desempleo.

Es por este motivo que este beneficio presenta dos características importantes, las cuales se señalan a continuación:

- 1) El monto a ser otorgado a los trabajadores con motivo de este beneficio no se encuentra afecto a la contribución a la seguridad social ni es base de cálculo de ningún beneficio laboral; y,
- 2) Este beneficio se encontrará a disposición del trabajador independientemente del motivo del cese de la relación de trabajo; es decir, tendrá acceso al mismo en caso renuncie ante su empleador, si celebra un convenio de mutuo disenso, o incluso si es despedido por su empleador.

Ahora bien, este beneficio se encuentra regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por el Decreto Supremo No. 001-97-TR (en adelante, TUO de la Ley CTS), cuyo artículo 1 indica que el mismo *“tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y de*

promoción del trabajador y su familia”. Asimismo, la norma referida señala que este beneficio se paga de manera semestral a los trabajadores (en los meses de mayo y noviembre), realizando el empleador el depósito del monto correspondiente en una cuenta abierta a nombre del trabajador ante una entidad depositaria para estos efectos.

Además de la finalidad previsional a la que hace referencia el artículo 1 antes referido, este beneficio social tiene también una finalidad promocional. Al respecto, tal como señalan Bardales y Quispe,

La finalidad previsional se cumple proporcionando al trabajador, con ocasión de su cese, la suma acumulada durante su prestación de servicios que le permita hacer frente a las necesidades que origina la pérdida de trabajo. En cambio, su fin promocional se presenta desde que el trabajador tiene a su libre disposición el 50% de la suma acumulada de su CTS, y de esa manera puede satisfacer determinadas necesidades para él como para su familia [...] (2009, pág. 85)

(El énfasis es añadido)

Como se puede observar, la CTS tiene una finalidad primordial para los trabajadores, dado que les otorga seguridad y protección ante el cese de su vínculo laboral y también les brinda la oportunidad de tener un ingreso adicional de libre disposición²⁰.

Sin embargo, a pesar de ser estos sus objetivos, el beneficio de la CTS no le es otorgado a todos los trabajadores, siendo que el artículo 4 del TUO de la Ley CTS regula lo siguiente: *“Solo están comprendidos en el beneficio de la compensación por tiempo de servicios los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas”*. Inclusive, el artículo 3 del Reglamento de la Ley de CTS, aprobado por Decreto Supremo No. 004-97-TR, precisa lo siguiente:

Artículo 3.- Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas diarias, señalado en el Artículo 4 de la Ley, en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.

Si la jornada semanal es inferior a cinco (5) días, el requisito a que se refiere el párrafo anterior se considerará cumplido cuando el trabajador labore veinte (20) horas a la semana, como mínimo.

Tal como se observa, la normativa laboral peruana excluye del derecho a la CTS a los trabajadores a tiempo parcial, en tanto exige que el trabajador cumpla con, por lo menos, cuatro (4) horas de trabajo diarias en promedio, si la jornada es de cinco (5) o seis (6) días a la semana; o con veinte (20) semanales, cuando la jornada del trabajador es menor de cinco (5) días a la semana. Si bien este último requisito pareciera dar cabida para que los trabajadores a tiempo parcial sean considerados beneficiarios, ello no ocurre exactamente de esta manera, considerando que, de acuerdo con lo establecido por el MTPE, el cálculo para determinar si un trabajador es o no a tiempo a tiempo parcial implica dividir las horas de trabajo entre los días de jornada de la empresa.

²⁰ Actualmente, por mandato del artículo 5 Ley No. 30334, los trabajadores pueden, incluso, *“disponer libremente del cien por ciento (100%) del excedente de cuatro (4) remuneraciones brutas, de los depósitos por CTS efectuados en las entidades financieras y que tengan acumulados a la fecha de disposición”*.

Así, si el trabajador labora veinte (20) horas semanales en menos de cinco (5) días a la semana y la jornada de la empresa es de cinco (5) días a la semana, se obtiene una jornada diaria equivalente a cuatro (4) horas en promedio, motivo por el cual al trabajador le corresponderían todos los beneficios de una jornada a tiempo completo. Ahora bien, si la jornada semanal de la empresa es de seis (6) días, la jornada de veinte (20) horas –realizadas en menos de cinco días- del trabajador calificaría como una a tiempo parcial, pues se obtiene una jornada diaria menor a cuatro (4) horas en promedio; y, en consecuencia, se produciría un caso en el cual el trabajador a tiempo parcial sería beneficiario del derecho a la CTS. Sin embargo, éste es un supuesto poco común y difícil de que pueda cumplirse en la práctica, con lo cual, en la casi totalidad de los casos, los trabajadores a tiempo parcial se encuentran excluidos del beneficio en cuestión.

Con relación a la restricción contenida en la norma, Fernando Elías ha manifestado lo siguiente: “[...] siempre se ha considerado como un requisito fundamental para tener derecho a la compensación por tiempo de servicios y a otros beneficios [el cumplimiento de una jornada mínima diaria de cuatro horas]. Existe una tendencia de excluir a los trabajadores que laboren menos de dicho tiempo de los beneficios de la legislación laboral. (1999, pág. 34).

En efecto, tal como lo señala el autor, esta situación califica como una exclusión que perjudica a los trabajadores a tiempo parcial, pues no reciben CTS, a pesar de que puedan haber cumplido con sus funciones y días de trabajo a cabalidad. Ahora bien, ¿esta exclusión se encuentra justificada? ¿Existe algún motivo para que se haya regulado en el TUO de la Ley de CTS?

Como fuera indicado con anterioridad, y de conformidad con lo establecido por el TC mediante sentencia recaída en el Exp. No. 0048-2004-AI –citada con anterioridad-, para poder establecer una diferenciación respecto de la aplicación de una norma (en este caso, relacionada con la entrega de un beneficio), debe haber un motivo objetivo y razonable que la justifique; es decir, no cabe que se restrinjan derechos de manera arbitraria. Sin embargo, precisamente esto ha sucedido con los trabajadores a tiempo parcial, ya que estos tienen y cumplen las mismas condiciones de trabajo que un trabajador a tiempo completo, con excepción de la jornada, diferencia que no califica, de modo alguno, como una razón objetiva y razonable para privarlos del derecho a la CTS. Por lo tanto, se concluye que el artículo 4 del TUO de la Ley de CTS deviene en una norma inconstitucional.

Cabe indicar que la exclusión regulada por la normativa laboral peruana dista mucho de lo que se observa en la legislación comparada, siendo que, por ejemplo, Colombia y Ecuador regulan las figuras de “Auxilio de cesantía” y “Fondo de reserva”, respectivamente, beneficios que tienen la misma finalidad que la CTS y son otorgados a todos los trabajadores, sin hacer excepción alguna²¹.

²¹ **Código Sustantivo del Trabajo (Colombia)**

Artículo 249.- Regla general auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.

Probablemente, un argumento que pudo haberse planteado en favor de esta exclusión injustificada se encuentre relacionado con que la norma no considera como día efectivo de trabajo a las jornadas diarias menores de cuatro (4) horas (tal como sucede con la normativa que regula el derecho al descanso vacacional²²). La explicación de este posible argumento se encuentra en que el TUO de la Ley CTS exige, para efectos del cómputo del tiempo de servicios, que se tomen en cuenta solo los días de trabajo efectivo²³, es decir, aquellos en los que el trabajador ha realizado una labor efectiva.

Sin embargo, este criterio tampoco resultaría suficiente para restringir los derechos de los trabajadores a tiempo parcial, debido a que las horas laboradas, independientemente de su distribución, son horas de trabajo que deben ser consideradas y valoradas como tales. Lo contrario implicaría afirmar, de manera tácita, que la labor realizada por el trabajador no tiene valor o no es suficiente para ser acreedor de los derechos que deberían corresponderle.

De este modo, si un trabajador labora tres (3) horas al día, de lunes a viernes, y realiza una labor efectiva durante esos cinco (5) días, estos deberían considerarse como efectivamente laborados para efectos del pago de la CTS. Por el contrario, si el trabajador faltara de manera injustificada uno de esos cinco días, dicho día debería ser deducido del pago de la CTS, de conformidad con lo establecido por el artículo 8 del TUO de la Ley CTS: *“Son computables los días de trabajo efectivo. En consecuencia, los días de inasistencia injustificada, así como los días no computables se deducirán del tiempo de servicios a razón de un treintavo por cada uno de estos días”*.

Quizás el tema más complejo se presente en los casos en que los trabajadores a tiempo parcial realizan jornadas en dos (2) o tres (3) días a la semana (sin cumplir las 20 horas semanales que solicita la norma), dado que no podrían cumplir, propiamente, con laborar el mes completo. En este caso, sería conveniente plantear equivalencias, tomando en consideración la jornada del centro de labores.

Así, por ejemplo, el trabajador a tiempo parcial labora tres (3) días a la semana, seis (6) horas cada día, y la jornada semanal ordinaria en el centro de labores es de cinco (5) días. En ese sentido, siempre que el trabajador acuda a laborar los tres (3) días se considerará que trabajó

Código del Trabajo

Artículo 196.- Derecho al fondo de reserva

Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado [...].

²² **Decreto Legislativo No. 713**

Artículo 12.- Para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes:

- a) La jornada ordinaria mínima de cuatro horas.
[...]

²³ Artículos 7 y 8 del TUO de la Ley CTS.

la semana completa. No obstante, si falta de manera injustificada un (1) día, se deberá realizar la siguiente operación:

Si:

3 días a tiempo parcial es a 5 días a tiempo completo

Entonces:

2 días a tiempo parcial es a X días a tiempo completo
(descontando la falta)

$$X = \frac{2 \times 5}{3} = 3.3 \text{ días}$$

De este modo, en el presente caso, si el trabajador a tiempo parcial faltó un día, deberá considerarse que solo laboró tres días de la semana, con lo cual deberán deducirse del pago dos (2) días. Si bien el resultado exacto de la operación fue 3.3 días, es necesario considerar que la CTS solo se paga en dozavos -por mes completo- o en treintavos -por días cuando no se haya completado el mes²⁴-, con lo cual, en el caso planteado, no podría tomarse en consideración el 0.3 día.

Finalmente, es importante indicar, con respecto a la remuneración computable para determinar la CTS de los trabajadores a tiempo parcial, que esta deberá ser aquella que sea determinada en proporción a la recibida por un trabajador a tiempo completo en situación comparable –tal como fue explicado en el apartado 6.1-. De esta manera, el abono de la CTS cumpliría también –aunque de manera indirecta- con ser proporcional a la que le correspondería a dicho trabajador a tiempo completo con el mismo tiempo de servicios que el trabajador a tiempo parcial en cuestión.

A modo de conclusión, y en virtud de todo lo antes indicado, la totalidad de los trabajadores a tiempo parcial deberían tener el derecho a la CTS, el mismo que debería encontrarse reconocido expresamente en la norma pertinente. Ello se justifica, por un lado, en que estos trabajadores no se diferencian de los a tiempo completo en situación comparable –salvo en lo que a la jornada de trabajo se refiere-, pues cumplen las mismas funciones y tienen los mismos deberes frente al empleador, motivo por el cual deberían tener también los mismos derechos. Y, por otro, en que los días laborados por los trabajadores a tiempo parcial también deben ser considerados como efectivamente laborados, pues, a pesar de trabajar en una jornada reducida, realizan esfuerzo físico y/o desgaste mental para llevar a cabo sus funciones; razón por la cual sus días de trabajo deberían ser reconocidos sin excepción. Es

²⁴ **TUO de la Ley CTS**

Artículo 21.- Los empleadores depositarán en los meses de mayo y noviembre de cada año tantos dozavos de la remuneración computable percibida por el trabajador en los meses de abril y octubre respectivamente, como meses completos haya laborado en el semestre respectivo. La fracción de mes se depositará por treintavos.

importante señalar que este reconocimiento, con el que, a la fecha, no se cuenta, se condice con el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, motivo por el cual se requiere su pronta implementación en el ordenamiento jurídico peruano.

6.2.2 Participación legal en las utilidades en los contratos a tiempo parcial

En lo que respecta a la participación legal en las utilidades, como fuera indicado, éste también es un beneficio social regulado en favor de los trabajadores. Este beneficio consiste en un pago adicional que se otorga los trabajadores *“en función del logro de un cierto beneficio por parte de sus empresas”* (Marinakakis, 1999, pág. 72). En efecto, en el caso peruano, éste se encuentra *“supeditado a un porcentaje de la renta anual y su distribución corresponde una vez vencido el plazo de presentación de la declaración jurada que anualmente deben realizar las empresas para efectos tributarios [...]”* (Boza & Guzmán-Barrón, 1998, pág. 115).

Con relación a este beneficio, es importante señalar que, a diferencia de lo que sucede con el beneficio de la CTS, la normativa que lo regula no establece ninguna exclusión respecto de los trabajadores beneficiarios, motivo por el cual tanto los trabajadores a tiempo completo como los trabajadores a tiempo parcial reciben este beneficio. Por el contrario, como se observa, el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 892 señala como beneficiarios a los “trabajadores”, sin indicar ningún requisito adicional, como se observa a continuación:

Artículo 2.- Los trabajadores de las empresas comprendidas en el presente Decreto Legislativo participan en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos. [...]

a) 50% será distribuido en función a los días laborados por cada trabajador, entendiéndose como tal los días real y efectivamente trabajados. Para este efecto, se consideran como días laborados los días de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora.
[...]

A partir del artículo antes citado, se aprecia que la norma establece que el 50% del beneficio será calculado en función de los días efectivamente laborados por el trabajador –a tiempo completo o a tiempo parcial-. Y, de forma complementaria, el artículo 4 del Reglamento del Decreto Legislativo No. 892, aprobado por Decreto Supremo No. 009-98-TR, dispone lo siguiente con relación a los días efectivamente laborados:

Artículo 4.- Para la aplicación del inciso a) del Artículo 2 de la Ley, se entenderá por días laborados, a aquéllos en los cuales el trabajador cumpla efectivamente la jornada ordinaria de la empresa, así como las ausencias que deben ser consideradas como asistencias para todo efecto, por mandato legal expreso. Igualmente, se entenderá por días laborados a los días de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora.

Tratándose de trabajadores que laboran a tiempo parcial, se sumará el número de horas laboradas de acuerdo a su jornada, hasta completar la jornada ordinaria de la empresa.

De acuerdo a lo dispuesto por la norma previamente citada, los trabajadores a tiempo parcial podrán computar un día efectivamente laborado cuando la suma de las horas que laboran sea equivalente a la jornada diaria de la empresa. En ese sentido, se concluye que, si bien los

trabajadores a tiempo parcial no se encuentran excluidos del beneficio, el monto a recibir por el beneficio será considerablemente menor a aquel que le corresponda recibir a un trabajador a tiempo completo.

A modo de ejemplo, si un trabajador a tiempo completo labora la jornada ordinaria de la empresa, la cual es de lunes a viernes, ocho (8) horas diarias, y un trabajador a tiempo parcial laboral una jornada de lunes a viernes, tres (3) horas diarias; se tiene que, en un (1) mes, los trabajadores contarán con la siguiente cantidad de días laborados:

Trabajador a tiempo completo:

8 horas x 5 días x 4 semanas = 160 horas
160 horas / 8 horas = 20 días efectivos de trabajo

Trabajador a tiempo parcial:

3 horas x 5 días x 4 semanas = 60 horas
60 horas / 8 horas = 7.5 días de trabajo efectivo

Tal como se aprecia de los cálculos realizados, en un (1) solo mes, la diferencia de días laborados entre un trabajador a tiempo parcial y un trabajador a tiempo completo es de más del doble. Ahora bien, sin perjuicio de ello, es importante señalar que, en la medida de que el beneficio de participación en las utilidades es un pago adicional en favor de los trabajadores, cuya finalidad no es brindar protección ante una situación de vulnerabilidad (como sucede con la CTS), resulta correcto y adecuado que el cálculo se ciña a los días efectivamente laborados por el trabajador.

Por otro lado, cabe señalar, con respecto a la remuneración computable para determinar la participación en las utilidades de los trabajadores a tiempo parcial, esta –al igual que en el caso de la CTS- deberá ser aquella que sea determinada en proporción a la recibida por un trabajador a tiempo completo en situación comparable –tal como fue explicado en el apartado 6.1-. De esta manera, el abono de las utilidades que le corresponda al trabajador cumpliría también –aunque de manera indirecta- con ser proporcional a la que le correspondería a dicho trabajador a tiempo completo.

En suma, si bien los trabajadores a tiempo parcial no han sido excluidos del goce del derecho a la participación en las utilidades, éste se ha restringido en función a los días efectivamente laborados; opción legislativa que resulta adecuada considerando que éste beneficio configura un pago adicional en favor de los trabajadores con motivo de los buenos resultados de la empresa. Asimismo, en cuanto a la remuneración computable, resulta coherente que el cálculo del beneficio se realice sobre la base de la remuneración que hubiera sido determinada de manera proporcional a la que percibe un trabajador a tiempo completo en situación comparable.

VII. Ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a tiempo parcial

Respecto de los derechos colectivos de los trabajadores a tiempo parcial, es preciso señalar que, en principio, este grupo de trabajadores cuenta con los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Tanto el derecho a la libertad sindical, como el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga son atribuidos a todos los trabajadores, sin distinción alguna, salvo las excepciones que puedan ser establecidas por ley²⁵.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos factores o condiciones propias de los contratos a tiempo parcial que podrían afectar al desarrollo de dichos derechos; aspectos que serán abordados en el presente acápite.

7.1 Derecho a la libertad sindical de los trabajadores a tiempo parcial

El derecho a la libertad sindical es un derecho que califica como uno de tipo complejo, puesto que se encuentra “*constituido por todos aquellos derechos de los individuos a afiliarse (o no) a las organizaciones de su elección y desafiliarse de las mismas, así como a constituir (o no) tales organizaciones, sin autorización previa y en total libertad*” (Ermida & Villavicencio, 1991, pág. 33). De igual manera, en palabras de Ermida y Villavicencio, también forma parte de la libertad sindical el derecho de los trabajadores “*de elegir sus autoridades y de ser elegido como una de ellas*” (1991, pág. 34) dentro de una organización sindical.

El derecho a la libertad sindical se encuentra expresamente reconocido en el Convenio 87 de la OIT, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, cuyo artículo 2 dispone lo siguiente:

Artículo 2.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

(El énfasis es añadido)

A partir de esta regulación, se observa que el derecho a la libertad sindical se otorga de manera general a todos los trabajadores, sin hacer distinciones de ningún tipo, situación que ha sido recogida, de igual manera, por el Convenio 175 de la OIT –referido previamente en el presente trabajo–, el cual mediante su artículo 4 establece lo siguiente:

Artículo 4.- Deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable en lo relativo:

- a) al derecho de sindicación, al derecho de negociación colectiva y al derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores;

[...]

(El énfasis es añadido)

²⁵ Poe ejemplo, en la normativa laboral vigente, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo No. 010-2003-TR) establece ciertas excepciones en lo que a trabajadores de dirección y de confianza respecta.

De esta manera, se evidencia que, tal como se indicó en la parte introductoria del presente acápite, no existe distinción alguna para el ejercicio del derecho a la libertad sindical, motivo por el cual, tanto los trabajadores a tiempo completo, como los trabajadores a tiempo parcial, pueden ejercerlo sin ninguna limitación.

Ahora bien, en lo que respecta a la normativa peruana, es importante considerar, por un lado, que el Perú ha ratificado el Convenio 87 de la OIT, motivo por el cual las normas contenidas en el mismo forman parte del ordenamiento²⁶; y, por otro, que, si bien no ha ratificado el Convenio 175 de la OIT, éste califica como una referencia importante para la correcta tutela de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial.

De este modo, tomando en consideración lo antes indicado, se observa que la normativa laboral peruana también reconoce de manera expresa el derecho a la libertad sindical sin hacer distinción alguna, siendo que el numeral 1 del artículo 28 de la Constitución Política dispone lo siguiente: “*El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical [...]”*. En concordancia con esta disposición, por su parte, los artículos 2 y 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT), establecen lo siguiente:

Artículo 2.- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Artículo 3.- La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedirsele hacerlo.

(El énfasis es añadido)

Como se observa, la normativa internacional y la peruana reconocen el ejercicio de la libertad sindical en un plano de igualdad, pues no realizan distinciones de ningún tipo. No obstante, a pesar de contar con normas claras en este sentido, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial, existen algunos aspectos extralegales que, potencialmente, desincentivan la constitución de organizaciones sindicales, la afiliación a las mismas y/o la iniciativa para ser elegido autoridad o representante sindical (junta directiva). Dentro de estos aspectos, se pueden identificar los siguientes:

- El primero de ellos es la falta de vinculación o arraigo con la empresa empleadora, situación que encuentra justificación, por un lado, en la cantidad de horas de permanencia en la empresa (considerando que, en promedio, los trabajadores a tiempo parcial, en el Perú, laboran menos de cuatro horas diarias); y, por otro, en la posibilidad de que puedan ser despedidos de manera intempestiva, puesto que no cuentan con protección contra el despido arbitrario (aspecto que será abordado en el acápite VIII).

²⁶ En virtud del “Bloque de constitucionalidad”, que se forma de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

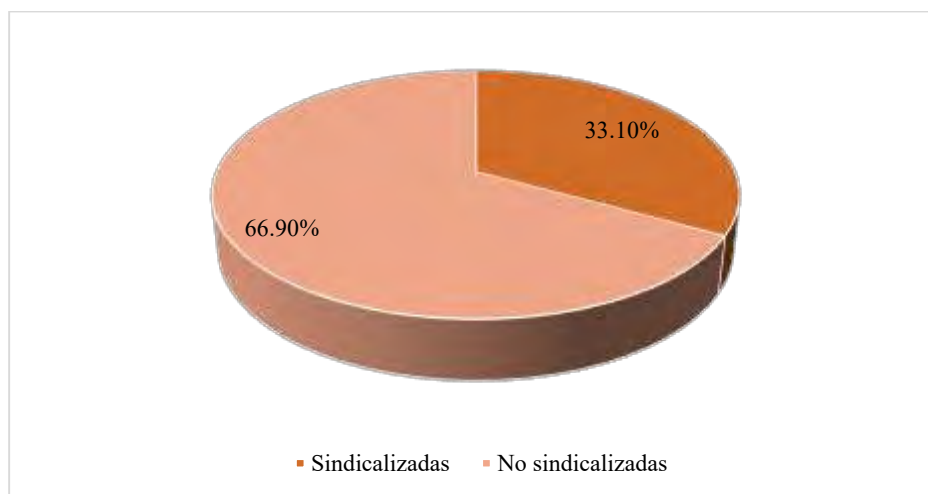
Es preciso señalar que el factor de la permanencia en la empresa antes mencionado no solo desincentivaría a los trabajadores a tiempo parcial a participar de la actividad sindical, sino también a sus compañeros a verlos como opción para representarlos, dado que su falta de presencia en la empresa impediría, por un lado, que sus compañeros los conozcan y que, por ende, les otorguen su voto para ser representantes sindicales; y, por otro, tener contacto directo y constante con las situaciones cotidianas y problemas que puedan enfrentar los trabajadores, con lo cual estarían en una posición menos adecuada para efectuar una representación idónea. Esta situación sería aún más crítica en aquellos casos en que los trabajadores a tiempo parcial son contratados de forma discontinua (por ejemplo, cuando el trabajador se ve obligado a laborar solo tres meses cada año), ya que el tiempo de permanencia en la empresa sería mucho menor.

- El segundo aspecto es que los trabajadores a tiempo parcial pueden no sentirse representados por las organizaciones sindicales, dado que, en palabras de Carmen Ferradans, estas *“tradicionalmente se han ocupado de defender exclusivamente los intereses generales de los trabajadores estables”* (2006, pág. 263), es decir, de los trabajadores tipo: *“un varón, que trabajaba a tiempo completo, con un contrato indefinido, en un empleo manual y en el marco de una gran empresa”* (Ferradans, 2006, pág. 257).

Así, siendo que la lucha de estas organizaciones se dirige a obtener beneficios que son gozados –en su mayoría– por aquellos trabajadores que permanecen a tiempo completo en la empresa (por ejemplo, refrigerio, capacitaciones, entre otros), los trabajadores a tiempo parcial no se verían motivados a invertir dinero (v.g. con la cuota sindical) y tiempo (v.g. en las reuniones de asamblea general) a fin de lograr la obtención de beneficios que no podrán disfrutar o solo de manera parcial.

- El tercero es la “feminización” de los contratos a tiempo parcial, dado que, como fuera señalado en el acápite II, un trabajador tipo de los contratos a tiempo parcial es la mujer/madre trabajadora, para quien, ya siendo complicado poder conciliar la vida familiar con la laboral, le resultaría aún más complicado poder desarrollar la actividad sindical (Ferradans, 2006, pág. 263). En consecuencia, no habría mayor incentivo para las mujeres/madres trabajadoras para sindicalizarse. Esta situación se ve reflejada, al menos en parte, en el hecho de que, en la actualidad, no se cuenta con un número importante de mujeres sindicalizadas, tal como se observa a continuación:

Gráfico 7. Tasa de trabajadoras sindicalizadas y no sindicalizadas, 2014



Fuente: Economía del cuidado, empleo femenino y sindicalismo en el Perú (Bastidas, 2015, pág. 74). Muestra: 394 trabajadoras.

- Un cuarto aspecto es el valor de la cuota sindical; es decir, el valor del aporte que otorga el trabajador en favor de la organización sindical. Sobre el particular, cabe hacer mención que, en la práctica, las organizaciones sindicales establecen, a través de sus estatutos o de acta de asamblea, un mismo monto de cuota sindical para todos los trabajadores miembros; situación que podría significar también un desincentivo para los trabajadores a tiempo parcial, tomando en consideración que, como fuera explicado en el punto VI del presente trabajo, estos reciben –o deberían recibir- una remuneración menor que la de los trabajadores a tiempo completo.

En ese sentido, surgen las siguientes preguntas: ¿Corresponde que un trabajador a tiempo parcial pague lo mismo por concepto de cuota sindical que un trabajador a tiempo completo? ¿Cuál sería el método aplicable para determinar la cuota sindical de un trabajador a tiempo parcial?

A modo de respuesta a las preguntas previamente formuladas, debe indicarse que la cuota sindical a ser pagada por parte de un trabajador a tiempo parcial debería ser de un monto menor al establecido para un trabajador a tiempo completo, a fin de no generar un perjuicio a trabajador y no desincentivar –aún más- su afiliación o permanencia en la organización sindical. Ello, considerando que debe existir razonabilidad en la “afectación” que se produce a la remuneración del trabajador, pues el empleador (con la aceptación del trabajador) descuenta la cuota sindical de ésta.

De este modo, es posible afirmar que una alternativa válida y adecuada para llevar a cabo el cálculo de la cuota sindical sería el establecimiento de cuotas proporcionales al sueldo de cada trabajador (Ferradans, 2006, pág. 262); por ejemplo, determinando un porcentaje a ser aplicado sobre la remuneración. En defecto de esta opción, las organizaciones sindicales podrían establecer cuotas diferenciadas, dependiendo de si

el trabajador es a tiempo completo o a tiempo parcial; sin embargo, a pesar de ser válida, esta opción podría no ser totalmente adecuada, ya que en ciertos casos se generarían, de igual modo, afectaciones económicas a los trabajadores a tiempo parcial (v.g. a aquellos que laboran menos horas).

- Finalmente, un quinto aspecto que desincentivaría la participación en la actividad sindical es que los trabajadores a tiempo parcial pueden contar con más de un empleo. De esta manera, al tener un trabajador –por ejemplo- dos vínculos laborales con diferentes empleadores, podría no generarse en él interés alguno en formar parte de una organización sindical o en ser representante sindical en alguna de las empresas, dado que la doble jornada laboral podría impedirle el desarrollo de su actividad sindical; sobre todo, si se toma en consideración que su tiempo disponible ya es limitado, pues un trabajador a tiempo parcial busca, además, conciliar la vida laboral con la familiar.

Como se observa a partir de lo previamente desarrollado, a pesar de que los trabajadores a tiempo parcial cuentan con los mismos derechos propios de la libertad sindical que los trabajadores a tiempo completo, no tendrían la misma motivación que estos para ejercerlos. Ello, si bien no implica una afectación en términos legales, sí puede implicar un perjuicio en términos prácticos para el ejercicio de su derecho. No obstante, a pesar de esta situación, es importante que no se impida, bajo ninguna circunstancia, el ejercicio del derecho a la libertad sindical, ni que se lleve a cabo acto de injerencia alguno, ya que debe ser únicamente decisión del trabajador participar –o no- en la actividad sindical en el marco de su relación laboral.

7.2 Derecho a la negociación colectiva de los trabajadores a tiempo parcial

Sobre el derecho a la negociación colectiva, es preciso señalar que éste es definido como “*un procedimiento de adopción de reglas y decisiones entre sujetos que representan a grupos con intereses interdependientes pero, al menos en parte, divergentes*” (Martín, Rodríguez-Sañudo, & García, 2005, pág. 353). Este procedimiento, en el marco de las relaciones laborales, tiene como función principal “[l]a determinación con carácter genérico de bases o condiciones de trabajo y empleo [...] Con ella se procura la compensación de la debilidad contractual del trabajador en el mercado de trabajo, compensación que es uno de los fines u objetivos principales del Derecho del Trabajo” (Martín, Rodríguez-Sañudo, & García, 2005, pág. 354).

Dicho ello, el derecho a la negociación colectiva se encuentra regulado por la normativa internacional, siendo que el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, dispone lo siguiente:

Artículo 4.- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

(El énfasis es añadido)

Asimismo, al igual que el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva se encuentra regulado por el Convenio 175 de la OIT, el cual, mediante su artículo 4 – previamente citado-, establece lo siguiente: “Deberán adoptarse medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable en lo relativo: a) [...] al derecho de negociación colectiva [...].”

Ambas normas, como se observa, regulan el derecho sin establecer ningún tipo de diferencia o limitación en lo que respecta al ejercicio del mismo. Por el contrario, el Convenio 175 procura, inclusive, que éste se garantice en términos de igualdad a los trabajadores a tiempo parcial, en comparación con los trabajadores a tiempo completo.

De esta manera, considerando lo regulado en las normas internacionales y, sobre todo, tomando en cuenta que el Convenio 98 de la OIT ha sido ratificado por el Perú y, por ende, forma parte del ordenamiento jurídico peruano, se observa que la Constitución Política peruana señala, en el numeral 2 de su artículo 28, lo siguiente:

Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

[...]

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

[...]

(El énfasis es añadido)

Tal como se desprende de la norma citada, la normativa peruana tampoco establece diferencia alguna para el ejercicio de la negociación colectiva. No obstante, sin perjuicio de ello, tal como sucede con el derecho a la libertad sindical, existen aspectos a ser tomados en consideración con relación a los trabajadores a tiempo parcial.

En efecto, considerando que el resultado de la negociación colectiva es el convenio colectivo –es decir, el acuerdo escrito al cual arriban las partes con motivo de la negociación-, resulta pertinente evaluar de qué manera se aplican los beneficios acordados en éste a los trabajadores a tiempo parcial, ya que los convenios colectivos –por lo general- no contienen beneficios diferenciados; esto es, no cuentan con precisiones sobre la aplicación de los beneficios a los trabajadores a tiempo completo y a los trabajadores a tiempo parcial.

Al respecto, es importante señalar que los convenios colectivos contienen tres (3) tipos de cláusulas²⁷: i) cláusulas normativas, que son aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo; ii) cláusulas obligacionales, que establecen derechos y deberes entre las partes del convenio colectivo; y iii) cláusulas delimitadoras, que regulan el ámbito y vigencia del convenio colectivo. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, se analizará la aplicación de las cláusulas normativas; específicamente, aquellas que regulan los beneficios de carácter económico pactados en favor de los trabajadores.

²⁷ De acuerdo con el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 011-92-TR.

Con respecto a las cláusulas normativas de contenido económico de los convenios colectivos, es preciso mencionar que la cláusula típica es aquella que regula el “Aumento de remuneraciones”, siendo otras cláusulas recurrentes las de “Pago por quinquenio”, “Bono por producción”, entre otras. En ese sentido, a fin de evaluar su aplicación sobre los contratos de trabajo a tiempo parcial, se deberá analizar lo dispuesto por el artículo 43 del TUO de la LRCT, el cual se cita a continuación:

Artículo 43.- La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes:

- a) Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

[...]

(El énfasis es añadido)

A partir de lo dispuesto por la norma antes referida, se tiene que, ante la celebración de un convenio colectivo que regule, por ejemplo, un aumento remunerativo, éste será aplicado de manera automática a todos los trabajadores a quienes le sea aplicable el convenio suscrito (en principio, los miembros de la organización sindical, salvo que ésta sea mayoritaria, supuesto en el cual los beneficios se aplican de manera general a todos los trabajadores del ámbito correspondiente). Entonces, bajo esta consideración, tanto los trabajadores a tiempo completo como los trabajadores a tiempo parcial recibirían exactamente el mismo aumento. Sin embargo, ¿ello es correcto o deberían aplicarse montos diferenciados?

Al respecto, dado que la normativa laboral vigente no cuenta con ninguna regulación sobre el particular, y siendo que el empleador no puede tomar acciones de manera unilateral sobre lo dispuesto por el convenio colectivo –debido a la fuerza vinculante para las partes que la ley le otorga a éste²⁸–, son las partes las llamadas a establecer los alcances y/o límites aplicables al pago de los aumentos remunerativos y/o de otros beneficios de carácter económico regulados a través de convenio colectivo a los trabajadores a tiempo parcial.

Dichos alcances deberían encontrarse orientados a que haya equidad y razonabilidad en el pago de los conceptos económicos otorgados por convenio, sobre todo si se toma en consideración que, conforme a lo explicado en el acápite VI del presente trabajo, la remuneración recibida por un trabajador a tiempo parcial debería ser calculada de forma proporcional a la remuneración que recibe un trabajador a tiempo completo en situación comparable. En ese sentido, en el caso de los beneficios económicos otorgados por convenio, también resultaría aplicable el criterio de la proporcionalidad, lo cual permitiría alcanzar la equidad y razonabilidad antes mencionada.

A modo de ejemplo, si mediante convenio colectivo se pacta un aumento de remuneraciones de S/ 200.00 (doscientos con 00/100 Soles) –el cual estaría dirigido a un trabajador “tipo” (Ferradans, 2006, pág. 257), es decir, a tiempo completo–, sería pertinente incluir una referencia en la cláusula correspondiente indicando que dicho aumento será otorgado de manera proporcional a los trabajadores a tiempo parcial, en función a las horas laboradas.

²⁸ Artículo 42 del TUO de la LRCT.

Así, si un trabajador a tiempo parcial labora dieciséis (16) horas a la semana y la jornada a tiempo completo de la empresa es de cuarenta (40) horas semanales, se tendría que realizar el siguiente cálculo:

Se tiene que:

200 Soles	es a	40 horas de trabajo a la semana
X Soles	es a	16 horas de trabajo a la semana

Entonces:

$$X = \frac{200 \times 16}{40} = 80 \text{ Soles (aumento a ser recibido por el trabajador a tiempo parcial)}$$

Cabe resaltar que, de no agregarse dicha indicación en el convenio colectivo, no podría hacerse ningún reajuste al beneficio económico a ser recibido por el trabajador a tiempo parcial (como fuera indicado anteriormente), razón por la cual tendría que recibir el beneficio pactado en su integridad. Si bien ello no implicaría ningún incumplimiento o trato diferenciado injustificado –pues se trata de un acuerdo de partes–, no se encontraría acorde con la equidad y razonabilidad que se debería pretender, pues los trabajadores a tiempo parcial se verían beneficiados en un grado mucho mayor que los trabajadores a tiempo completo.

Por último, un aspecto adicional a tomar en consideración en lo que a la negociación colectiva respecta, es lo referente a los representantes de la organización sindical en la negociación, es decir, la comisión negociadora, cuyos miembros no necesariamente coinciden con los miembros de la junta directiva de la organización. Sobre el particular, sucede una situación similar a la comentada en el caso de la libertad sindical, pues, si bien no existe impedimento normativo para que los trabajadores a tiempo parcial sean designados como miembros de la comisión, también se presentan ciertos aspectos que pueden impedir que ello suceda.

Entre estos aspectos, se encuentran los siguientes: i) el tiempo de permanencia de los trabajadores a tiempo parcial en la empresa, pues, al ser su jornada inferior a la de los trabajadores a tiempo completo, podrían no asistir a las reuniones de negociación que sean programadas fuera de su horario de trabajo; ii) en el caso de mujeres/madres trabajadoras, la probable falta de tiempo para participar en las sesiones de negociación, en tanto tienen mayores responsabilidades familiares; y iii) que el trabajador a tiempo parcial tenga más de un vínculo laboral, lo cual implicaría que cuente con menos disponibilidad para las reuniones de negociación.

Estos factores podrían ser tomados en consideración por los miembros de la organización sindical y decidir no considerar a los trabajadores que se encuentren contratados a tiempo parcial para la conformación de la comisión negociadora. Si bien en algunos casos esto podría resultar razonable, debería evaluarse a detalle en cada caso concreto, a fin de que no se realice una exclusión que pueda calificar como una distinción arbitraria y, por tanto, inválida.

7.3 Derecho a la huelga de los trabajadores a tiempo parcial

Con relación al derecho de huelga, debe señalarse que éste se define como la facultad con la que cuentan los trabajadores para ejercer una medida “*consistente en el incumplimiento deliberado de su prestación laboral debida*” (Neves, 2016, pág. 53), en “*una paralización colectiva y concertada del trabajo, realizada por los trabajadores agrupados en una organización de defensa para lograr de los empleadores o de las autoridades la restitución de un derecho conculcado, o la mejora o la creación de un derecho*” (Rendón, 2014, pág. 279).

Si bien este derecho no cuenta con una regulación expresa en la normativa internacional –a diferencia de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva–, es válido señalar que se encuentra regulado de manera implícita por el artículo 3 del Convenio 87 de la OIT, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 3.-

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.
[...]

Así, dado que el ejercicio del derecho de huelga es una decisión tomada por la organización sindical y, como es evidente, forma parte de la organización de sus actividades y plan de acción, la norma anterior, en efecto, reconoce el ejercicio de este derecho.

Por su parte, el ordenamiento jurídico peruano ha reconocido el derecho de huelga mediante el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución Política peruana, que estipula lo siguiente: “*El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: [...] 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.* Asimismo, la huelga ha sido definida por el artículo 72 del TUO de la LRCT, el cual indica que “[h]uelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo [...]”.

Como se observa, ni la normativa internacional, ni la peruana, establecen distinción alguna para el ejercicio del derecho de huelga: señalan como beneficiarios a “los trabajadores”, sin regular ninguna limitación al respecto. Inclusive, el Comité de Libertad Sindical de la OIT, sobre el particular, ha señalado que “[l]a exclusión de los asalariados del sector privado del derecho de huelga es incompatible con los principios de la libertad sindical”²⁹, razón por la cual no sería válido excluir a los trabajadores a tiempo parcial del ejercicio del derecho. Sin embargo, a pesar de ello, con relación al ejercicio del derecho por parte de los trabajadores a tiempo parcial, se presentan ciertos aspectos particulares que ameritan ser desarrollados a continuación.

²⁹ Párrafo 476 de la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (2006).

Uno de estos aspectos es que existe la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial no se encuentren de acuerdo o no se pronuncien sobre la decisión de iniciar una huelga planteada por la organización sindical. Al respecto, es importante hacer mención a que, de conformidad con el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 011-92-TR (en adelante, RLRCT), para declarar una huelga se necesita que la decisión *“sea adoptada, al menos, por la mayoría de afiliados votantes asistentes a la asamblea”*. De este modo, considerando que, tal como lo señala Carmen Ferradans, la acción colectiva se encuentra *“fuertemente erosionada por la heterogeneidad de la fuerza de trabajo”* (2006, pág. 281), puede que los intereses de los trabajadores a tiempo completo y de los trabajadores a tiempo parcial no coincidan en muchos casos y, por ende, no se llegue a cumplir el requisito de que la decisión se tome por mayoría.

Así, cuando a los trabajadores a tiempo parcial *“las reivindicaciones proclamadas por los promotores no les afecten o bien nos les satisfagan no se sentirán motivados a seguir la huelga”* (Ferradans, 2006, pág. 281). Ello sucedería, por ejemplo, en el supuesto que la organización sindical quiera declarar una huelga con motivo de una negociación colectiva infructuosa y el pliego que viene siendo negociado contenga, en su mayoría, cláusulas que benefician a los trabajadores a tiempo completo. En este caso, los trabajadores a tiempo parcial no se sentirían motivados a iniciar una medida de fuerza, con lo cual podrían no votar a favor de su realización o, inclusive, no acudir a la asamblea en la cual este asunto sería discutido.

Sin perjuicio de lo antes indicado, un asunto adicional que desincentiva a los trabajadores a tiempo parcial a brindar su aprobación para la realización de una huelga es que esta implica la suspensión del pago de la remuneración³⁰, con lo cual el empleador no abona el pago correspondiente por el tiempo de duración de la huelga. Considerando que un trabajador a tiempo parcial tiene (o debería tener) una remuneración proporcional y, con ello, menor a la que recibe un trabajador a tiempo completo, resulta lógico que no se encuentre de acuerdo con una medida que aminorará sus ingresos, ya que *“si a un salario reducido proporcionalmente se le sustrae una cantidad adicional, su importe final puede resultar irrisorio [...]”* (Ferradans, 2006, pág. 282).

Otro aspecto que puede producirse con relación al ejercicio del derecho de huelga en el caso de los trabajadores a tiempo parcial es que estos se vean impedidos de ejercer de manera efectiva el derecho en aquellos casos en que la huelga se realice durante los días en que el trabajador a tiempo parcial no acude al centro de trabajo. En este caso, el trabajador no participaría activamente en el conflicto (Ferradans, 2006, pág. 282), puesto que no estaría abandonando su puesto de trabajo con motivo de la huelga, sino que estaría dejando de acudir en virtud de su jornada y horario de trabajo.

³⁰ **Artículo 77 del TUO de la LRCT**

La huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73, produce los siguientes efectos:

[...]

b) Suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral.

[...]

Esta situación se produciría, por ejemplo, en el supuesto de que la huelga sea declarada para ser concretada un día martes, por 24 horas, pero el horario del trabajador a tiempo parcial es lunes, miércoles y viernes de 8:00 am a 1:00 pm. En ese sentido, dejando de acudir al centro de trabajo el martes en que se producirá la huelga (conforme a su horario) no generaría daño alguno al empleador, lo cual forma parte de la esencia del derecho de huelga (Vidal, 2004, pág. 54); por el contrario, ante esta situación, el trabajador estaría viendo limitado su derecho de huelga de forma indirecta (Ferradans, 2006, pág. 282).

Con motivo de lo anterior, y a efectos de que todos los trabajadores involucrados que decidan participar de la huelga declarada puedan hacerlo activamente, las organizaciones sindicales deberían buscar establecer fechas y periodos para la huelga en los que, normalmente, los trabajadores laboren de manera efectiva, evitando, así, situaciones como la antes planteada. Ello coadyuvaría a tutelar y a garantizar el derecho a la huelga de los trabajadores a tiempo parcial.

VIII. Extinción del vínculo laboral en los contratos a tiempo parcial

Respecto de los contratos a tiempo parcial, un tema adicional que resulta importante abordar es el de la extinción del vínculo laboral. Sobre el particular, en el presente acápite, se analizará si las diferentes causales de extinción del contrato de trabajo son aplicables a los trabajadores a tiempo parcial o si, por el contrario, existen diferencias respecto de su aplicación a los trabajadores a tiempo completo.

8.1 Alcances generales sobre la extinción del vínculo laboral en los contratos a tiempo parcial

Como es conocido, existen diversas modalidades de extinción del vínculo laboral. Estas son, de conformidad con el artículo 16 de la LPCL, las siguientes: i) el fallecimiento, ii) la renuncia voluntaria, iii) el vencimiento del plazo del contrato de trabajo, iv) el mutuo disenso (común acuerdo), v) la invalidez absoluta del trabajador, vi) la jubilación (ordinaria y obligatoria³¹), vii) la terminación por causas objetivas (cese colectivo), y viii) el despido.

Con relación a las seis primeras modalidades de extinción, estas son, sin duda, plenamente aplicables a los contratos a tiempo parcial, puesto que el tipo de jornada no afecta de modo alguno su aplicación. En efecto, el fallecimiento es una causa natural de extinción, motivo por el cual puede darse en cualquier caso. Sobre la renuncia voluntaria, los trabajadores, en general, tienen el derecho de concluir de manera unilateral el vínculo laboral que los une a su empleador, razón por la cual la jornada no influye en el ejercicio de dicho derecho. De igual manera sucede con el mutuo disenso, pues los trabajadores tienen el derecho de celebrar los acuerdos o convenios que estimen convenientes, en virtud de la libertad de contratación.

La invalidez absoluta, por su parte, califica como un estado en el que podría encontrarse cualquier trabajador, ya sea por alguna enfermedad o accidente, por ejemplo; en ese sentido, el tipo de jornada no podría ser una limitante para que el contrato se extinga por esta causa. Respecto de la causal de jubilación (ya sea la ordinaria o la obligatoria), la aplicación de esta

³¹ Artículo 21 de la LPCL.

dependerá de la edad del trabajador, siendo además que la pensión que recibirá dependerá del tiempo de servicios prestados (sistema nacional de pensiones – SNP) y de los aportes realizados (sistema nacional de pensiones y sistema privado de pensiones – SPP), los mismos que son calculados, en todos los casos, sobre la remuneración del trabajador. En ese sentido, como se observa, no existe diferencia alguna en la aplicación de esta causal de extinción a los trabajadores a tiempo parcial.

En lo que respecta a la terminación por motivos objetivos (cese colectivo), es pertinente señalar que las causas objetivas son *“aquellas mediante las cuales puede extinguirse la relación laboral por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, vinculadas al funcionamiento de la empresa y que involucran a una pluralidad de individuos”* (Cortés, 1996, pág. 81). En ese sentido, considerando esta definición, se puede concluir que los trabajadores involucrados en la medida de terminación (cese colectivo) lo estarán independientemente del tipo de contrato laboral celebrado y de las condiciones del mismo. Es decir, estarán involucrados, de ser el caso, tanto trabajadores a tiempo completo como trabajadores a tiempo parcial, pues la necesidad objetiva en la que se encuentre la empresa, la cual lleva a dar término a los vínculos laborales que mantiene con sus trabajadores, no distingue la modalidad del contrato y/o el tipo de prestación de servicios.

Ahora bien, con relación al despido, es decir, al término de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, es necesario indicar que esta modalidad de terminación del contrato de trabajo también puede ser aplicada tanto a los trabajadores a tiempo completo como a los trabajadores a tiempo parcial. No obstante, conforme será desarrollado a continuación, en el ordenamiento jurídico peruano, su aplicación respecto de los contratos a tiempo parcial difiere de la aplicación regulada para los contratos a tiempo completo.

8.2 El despido en los contratos a tiempo parcial

El despido es una causal de *“extinción de la relación de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador”* (Blancas, 2013, pág. 65), sobre la cual no se requiere, para el despliegue de sus efectos, la voluntad del trabajador.

Con relación a esta causal de extinción del vínculo laboral, el Convenio 158 de la OIT, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptado en el año 1982 –no ratificado por el Perú– dispone en su artículo 4 lo siguiente: *“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”* (en énfasis es añadido).

De este modo, a partir de la norma antes citada, se observa que, para despedir a un trabajador, se requiere contar con una causa justificada; siendo que, de lo contrario, el empleador deberá otorgar, cuando menos, una indemnización en favor de dicho trabajador, de acuerdo con lo establecido por el artículo 10 de la misma norma, que regula lo siguiente:

Artículo 10.- Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias,

anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

(El énfasis es añadido)

Tal como se observa, la normativa laboral internacional establece en favor de los trabajadores una protección contra el despido arbitrario, es decir, una tutela contra aquel despido que no se sustenta en una causa justa. Al respecto, es preciso señalar que dicha protección se encuentra vinculada a una figura propia del Derecho del Trabajo: la estabilidad laboral; en específico, la estabilidad laboral de salida, que es aquella que brinda garantías al trabajador para no ser retirado de su puesto de trabajo de manera intempestiva y que *“tiene como sustento la necesidad de dotar de seguridad al medio que permite el desarrollo del ser humano en la sociedad, aquel que le brinda el sustento”* (Calderón, 2015, pág. 302).

Lo señalado en el párrafo anterior guarda relación con el contenido propio del derecho individual del trabajo, el cual comprende, en palabras de Sastre, los siguientes derechos: *“el derecho a un puesto de trabajo, lo cual significa el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, esto es la prohibición de discriminaciones en el empleo, y el derecho a la estabilidad en el mismo, que se traduce en la necesaria concurrencia de justa causa para efectuar el despido”* (1996, págs. 133-134).

Ahora bien, sobre el particular, es importante indicar que la protección contra el despido aplicado de manera arbitraria se encuentra contemplada en diversos ordenamientos jurídicos, los cuales, sin que necesariamente hayan ratificado el Convenio 158 de la OIT (pues solo lo ha ratificado España), han establecido una tutela en favor del trabajador en los casos en que su derecho a la estabilidad laboral (componente sustancial del derecho al trabajo) haya sido vulnerado, tal como se observa a continuación:

Tabla 4. Regulación de la protección contra el despido arbitrario de trabajadores a tiempo parcial en otros ordenamientos

País	Regulación
Argentina	<p><u>Ley de Contrato de Trabajo</u></p> <p>Artículo 245.- Indemnización por antigüedad o despido</p> <p>En los casos de <u>despido dispuesto por el empleador sin justa causa</u>, habiendo o no mediado preaviso, <u>éste deberá abonar al trabajador una indemnización</u> equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. [...]</p>
Chile	<p><u>Código de Trabajo</u></p> <p>Artículo 168.- El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, <u>o que no se haya invocado ninguna causal legal</u>, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso,</p>

País	Regulación
	<u>el juez ordenará el pago de la indemnización</u> a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere [...]
Colombia	<p><u>Código Sustantivo del Trabajo</u></p> <p>Artículo 64.- Terminación unilateral del contrato de trabajo sin causa justa</p> <p>En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.</p> <p>En caso de <u>terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada</u>, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, <u>el primero deberá al segundo una indemnización</u> [...]</p>
Ecuador	<p><u>Código del Trabajo</u></p> <p>Artículo 188.- Indemnización por despido intempestivo</p> <p>El empleador que <u>despidiere intempestivamente</u> al trabajador, <u>será condenado a indemnizarlo</u>, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala [...]</p>
España	<p><u>Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores</u></p> <p>Artículo 56.- Despido improcedente</p> <p>1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre <u>la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización</u> equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. [...]</p> <p>3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. [...]</p>

Como se observa, las normas internas de los ordenamientos referidos en la tabla anterior son claras al regular una protección contra el despido arbitrario en favor de los trabajadores. Ahora bien, un aspecto a resaltar es que tanto estas disposiciones como el Convenio 158 de la OIT no establecen diferenciación alguna respecto de los trabajadores protegidos. Es decir, estas normas protegen a todos los trabajadores sin excepción, a partir de lo cual se desprende que los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial –materia del presente trabajo- cuentan con la respectiva protección ante un despido arbitrario. Sin embargo, a partir de la revisión del ordenamiento jurídico peruano, se observa que éste cuenta con una regulación distinta, mediante la cual se establecen diferencias entre estos dos grupos de trabajadores, conforme será desarrollado en el siguiente punto.

8.3 Inexistencia de causa justa para el despido en los contratos a tiempo parcial

A partir de lo previamente indicado, corresponde llevar a cabo el análisis de la regulación contenida en el ordenamiento jurídico peruano, en el cual se observa que sucede lo contrario a lo comentado en el punto anterior. En efecto, el artículo 22 de la LPCL regula lo correspondiente a la protección contra el despido arbitrario y el artículo 34 de la misma norma, lo relativo a la indemnización por la producción de este despido, señalando lo siguiente:

Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.
[...]

Artículo 34.- [...] Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38
[...]

(El énfasis es añadido)

A partir de las normas antes citadas, se concluye que la legislación peruana establece lo siguiente:

- i) Que, para proceder con el despido de un trabajador, se requiere de una causa justa, siempre que éste labore cuatro (4) o más horas diarias, es decir, siempre que dicho trabajador califique como uno a tiempo completo; y,
- ii) Que, solo en caso se despidan a un trabajador a tiempo completo sin expresar causa justa o que esta no pueda demostrarse en juicio -es decir, de manera arbitraria-, corresponderá el pago de una indemnización (o de la reposición del trabajador, de ser el caso³²). De este modo, realizando una interpretación en contrario, se tiene que aquellos trabajadores que sean contratados a tiempo parcial pueden ser despedidos sin que se requiera de una causa justa para ello y, por ende, en estos casos, no les corresponde el pago de una indemnización ni reparación alguna.

En ese sentido, sobre la base de lo anterior, se observa que, en el ordenamiento jurídico peruano, existe una clara diferenciación entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial en lo referente a la protección contra el despido arbitrario. Con respecto a ello, corresponde formular la siguiente pregunta: ¿Esta distinción regulada por ley es jurídicamente válida? La respuesta a la interrogante planteada es, a todas luces, negativa, existiendo diversos argumentos que sustentan esta posición.

³² Sobre el particular, es preciso indicar que la jurisprudencia constitucional (entiéndase, el Tribunal Constitucional) ha regulado la protección restitutoria en casos de despido incausado. Ello implica que un trabajador, ante un despido sin expresión de causa, podrá solicitar, en lugar de una indemnización, la reposición al puesto que venía ocupando al momento del cese. Esta protección restitutoria se ha establecido, además, para los casos de despido fraudulento y nulo (cabe indicar que la reposición para el despido nulo se encuentra regulada por el artículo 34 de la LPCL).

Un primer argumento es que la diferenciación realizada por la LPCL **se contradice** con lo dispuesto por la propia **Constitución Política peruana respecto del derecho al trabajo**, cuyos artículos 22 y 27 disponen lo siguiente:

Artículo 22.- Protección y fomento del empleo

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 27.- Protección del trabajador frente al despido arbitrario

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

(El énfasis es añadido)

Del tenor de estas normas, es evidente que el ordenamiento jurídico peruano, mediante la Constitución Política, le otorga al derecho al trabajo un valor prioritario en la vida de una persona. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha establecido, mediante sentencia recaída en el expediente No. 1124-2001-AA/TC, cuál es el contenido esencial de este derecho, indicando lo siguiente: *“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa”*.

Con motivo de lo antes señalado, la norma constitucional ha establecido que, ante la vulneración del derecho al trabajo en el supuesto de un despido arbitrario, deberá otorgársele una debida protección al trabajador afectado, sin hacer la misma norma distinción alguna respecto del tipo de contrato o la forma de prestación de los servicios. En ese sentido, se puede concluir que, necesariamente, en todos los casos de despido –sin excepción-, se requeriría que exista un motivo válido para dar término al vínculo laboral, siendo que ello guarda correspondencia con lo indicado por Carlos Blancas, quien señala que *“[e]l reconocimiento de este derecho [derecho al trabajo] –que tiene diversas manifestaciones- supone erigir un límite a la facultad de despido del empleador al supeditar la legitimidad de esta decisión a la existencia de una causa justa”* (2012, pág. 392).

No obstante, a pesar de lo previamente señalado, se observa que el artículo 22 de la LPCL no toma en consideración ni el contenido propio del derecho del trabajo ni lo establecido por la norma constitucional, pues, en los casos de despido de trabajadores a tiempo parcial, se ha contemplado una posición flexible y vulneratoria de derechos, al permitir que dichos despidos puedan producirse válidamente sin alegar causa justa alguna. Esta situación genera, a su vez, que la norma contenida en la LPCL, al tener menor jerarquía normativa que la Constitución Política (norma suprema), califique como una de tipo inconstitucional, ya que contempla una regulación que se contradice con esta.

Por otro lado, un segundo argumento que permite concluir que la diferenciación realizada por la LPCL no es jurídicamente válida es que esta norma **atenta contra el principio-derecho de igualdad**. Al respecto, es preciso recordar que, tal como fuera señalado en el acápite 5.3, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el expediente No. 0048-2004-AI, ha establecido que este principio-derecho del ordenamiento supone que “[...]”

no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable” (el énfasis es añadido).

Sobre la base de esta referencia, se observa que, en el presente caso, sí se produce una vulneración al principio-derecho a la igualdad, dado que no existe ningún motivo objetivo y razonable para excluir a los trabajadores a tiempo parcial de la protección contra el despido arbitrario. Por el contrario, estos tienen la misma condición de trabajadores que aquellos que laboran a tiempo completo y, por ende, les corresponde los mismos derechos laborales, siendo que la cantidad de horas laboradas en promedio al día no califica como un aspecto válido para llevar a cabo una diferencia de este tipo.

Si bien este criterio (número de horas de trabajo) puede ser utilizado a fin de aplicar los derechos de forma proporcional en ciertos casos –tal como se ha explicado a lo largo del presente trabajo-, no justifica limitar la aplicación de la protección contra el despido arbitrario a solo un grupo de trabajadores, más aun cuando esta i) califica como un derecho no cuantificable (contrario a lo que sucede con la remuneración, por ejemplo), el cual, por este motivo, debería ser aplicado en toda su dimensión a todos los trabajadores, sin excepción; y ii) se encuentra íntimamente relacionado al contenido esencial del derecho al trabajo.

Aunado a lo anterior, se tiene un tercer argumento por el cual la distinción regulada legalmente para la aplicación de la protección contra el despido arbitrario califica como jurídicamente inválida, y es que el Perú ha ratificado el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “**Protocolo de San Salvador**”, norma que, a partir de su ratificación, forma parte del ordenamiento jurídico peruano³³ y que contempla de manera expresa en su artículo 7 que los trabajadores tienen derecho a la estabilidad laboral y a la protección contra el despido arbitrario, conforme se observa a continuación:

Artículo 7.- Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...]

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[...]

(El énfasis es añadido)

Tal como se observa a partir de la norma citada, tanto el derecho a la estabilidad laboral como la protección contra el despido arbitrario se encuentran regulados en favor de los

³³ En virtud del “Bloque de constitucionalidad”, que se forma de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

trabajadores, sin realizar distinción de ningún tipo. Ahora bien, sobre el particular, es preciso tomar en consideración que, de conformidad con el Derecho Internacional Público, el Derecho Interno (en el presente caso, la normativa peruana), no puede desconocer lo regulado por la normativa internacional ratificada, en virtud de los principios de primacía del Derecho Internacional y de *pacta sunt servanda*, los cuales establecen, respectivamente, que la aplicación del Derecho Internacional tiene prioridad respecto del Derecho Interno, y que las normas que se hayan adoptado mediante un tratado internacional (como sucede con el Protocolo previamente referido) deben ser cumplidas obligatoriamente por los Estados parte, sin que el Derecho Interno pueda ser alegado para lo contrario.

Dicho ello, y tomando en cuenta lo previamente desarrollado, es evidente que la regulación contenida en la normativa laboral peruana, específicamente el artículo 22 de la LPCL, desconoce lo dispuesto por la normativa internacional, dado que establece una limitación no contemplada por esta al no otorgar protección contra el despido arbitrario a los trabajadores a tiempo parcial. De este modo, el Estado peruano estaría incurriendo en responsabilidad internacional respecto de esta situación, pues no está aplicando de manera prioritaria el Derecho Internacional y, además, se encuentra en una situación de incumplimiento con motivo de su Derecho Interno, es decir, con motivo de la regulación actual de la LPCL.

En ese sentido, se puede concluir que el artículo 22 de la LPCL califica como una norma inválida, pues –además de ser contraria a la norma constitucional y atentar contra el principio de igualdad, como fuera explicado anteriormente- viene siendo aplicada en contra de lo dispuesto por el “Protocolo de San Salvador”, situación que vulnera los principios del Derecho Internacional antes referidos. Aunado a ello, es importante precisar que, en el presente caso, no solo la aplicación de la LPCL es contraria al “Protocolo de San Salvador”, sino que, inclusive, dicha norma interna fue emitida inobservando lo regulado por el Protocolo indicado, pues el Estado peruano lo ratificó en el año 1995 y la LPCL fue emitida en el año 1997, es decir, de manera posterior al ingreso de la norma internacional al ordenamiento peruano.

En adición a lo indicado, existe un cuarto argumento que sustenta la invalidez del artículo 22 de la LPCL, el cual se encuentra estrechamente ligado al derecho a la estabilidad laboral: **el trabajo decente**. Este concepto se origina en el año 1999, en la 87ª Conferencia Internacional del Trabajo, en la cual el Director General de la OIT, mediante su Memoria, lo define de la siguiente manera: “[...] *oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana*” (Somavia, 1999).

El concepto de trabajo decente antes esbozado “*representa la revalorización del ser humano como tal en la sociedad*” (Calderón, 2015, pág. 296) y, de acuerdo a lo indicado por Anker y otros, abarca seis (6) facetas, que son las siguientes: i) oportunidades de trabajo, ii) trabajo en condiciones de libertad, iii) trabajo productivo, iv) equidad en el trabajo, v) seguridad laboral, y vi) dignidad laboral (Anker, Chernyshev, Egger, Mehran, & Ritter, 2003, pág. 166). Sin perjuicio de la importancia de cada una de estas facetas, para efectos del presente trabajo, se abordará lo correspondiente a la quinta, es decir, a la seguridad laboral, dado que esta reconoce, entre otros, “*la necesidad que los trabajadores tienen de que se pongan límites a*

la inseguridad que conlleva la posibilidad de perder el trabajo y los medios de subsistencia” (Anker, Chernyshev, Egger, Mehran, & Ritter, 2003).

Como se observa, a partir de la referencia anterior, se desprende que el trabajo decente, en su faceta de seguridad laboral, implica la necesidad de los trabajadores de contar con estabilidad en el empleo. Al respecto, es importante tener presente que la estabilidad laboral es *“la expectativa de permanencia jurídicamente garantizada (Barassi) o, reordenando los términos con afán de precisión, la garantía jurídica que se da a la expectativa fundada de permanencia (De la Fuente)”* (Blancas, 2006, pág. 73). Esta expectativa del ser humano, en su faceta de trabajador, se justifica en que el trabajo es el medio a través del cual tiene la posibilidad de conseguir sus objetivos y cubrir sus necesidades; además, *“el derecho al trabajo viene a ser una herramienta que permite el goce o disfrute de otros derechos que en su conjunto aseguran el bienestar del individuo y, por ende, de la sociedad”* (Calderón, 2015, págs. 301-302).

Así, tomando en cuenta lo previamente indicado, resulta pertinente hacer referencia a Cecilia Calderón, quien expresa lo siguiente:

[...] si recordamos que la OIT pretende como fin institucional que sus miembros desarrollen políticas (públicas) basadas en los objetivos estratégicos de la Organización, la señalada revalorización del ser humano [representada por el concepto de trabajo decente] implicará que cada Estado miembro de la OIT promueva que en su territorio se respeten los cánones del Trabajo Decente como medio para asegurar que sus habitantes vean salvaguardada su dignidad humana y, en ejercicio de sus derechos, puedan desarrollar su plan de vida. (2015, pág. 296)

(El énfasis es añadido)

Considerando lo señalado en la cita anterior, basta observar el artículo 22 de la LPCL para concluir que el Estado peruano –miembro de la OIT- no ha llevado a cabo una adecuada gestión con la finalidad de que se respeten los cánones del trabajo decente. En efecto, el no garantizar la estabilidad laboral en favor de los trabajadores a tiempo parcial y, por ende, el no otorgarles una adecuada protección contra el despido arbitrario, sitúa a estos en una condición de *empleo precario*; figura antagónica del trabajo decente que, de acuerdo con Janine y Gerry Rodgers, se caracteriza, entre otros, por ser un empleo de escasa duración o sobre el cual exista riesgo de ser perdido sin que medie una causa justa (Gamero, 2011, pág. 118). En ese sentido, resulta evidente que la normativa laboral peruana, en lo referente a la estabilidad laboral y, por ende, al trabajo decente, va en dirección contraria a los objetivos que la OIT plantea y a los fines mismos del Derecho del Trabajo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes desarrollado, es importante analizar la invalidez de la regulación en comento tomando en consideración el tipo de despido que se haya producido. Al respecto, es necesario precisar que la normativa laboral peruana regula el “despido justificado” y, además, de acuerdo a la regulación del artículo 34 de la LPCL, el “despido arbitrario”, el cual se produce cuando no se aduce causa alguna para el cese o cuando la causa alegada no puede probarse en juicio, siendo que la denominación para cada caso es la de “despido incausado” y “despido injustificado”, respectivamente.

En adición, resulta relevante señalar que la jurisprudencia constitucional³⁴ ha establecido que ciertos tipos de despido afectan, además del derecho al trabajo, otros derechos fundamentales, lo cual trae consigo que el trabajador tenga derecho a una protección restitutoria, es decir, que tenga derecho a la readmisión en el empleo (de manera alternativa al derecho a la indemnización). Estos despidos abordados por la jurisprudencia constitucional son el “despido incausado” -regulado, como fuera indicado, por el artículo 34 de la LPCL-, el “despido nulo” -también regulado por la LPCL (artículo 29)- y el “despido fraudulento” -creado por la jurisprudencia constitucional-. En estos tres supuestos de despido, el trabajador podrá optar, alternativamente, entre solicitar una indemnización o la reposición en el puesto de trabajo.

Dicho ello, se analizará, a continuación, la validez de la regulación del artículo 22 de la LPCL desde el punto de vista de la calificación del despido.

8.3.1 Despido justificado e injustificado

El despido justificado es aquel que se produce cuando el empleador alega una causa justa, la misma que puede estar relacionada con la conducta o con la capacidad, conforme con lo regulado por el artículo 22 de la LPCL. De acuerdo a lo indicado por este dispositivo normativo, es indispensable que el empleador justifique el despido, a efectos de que éste sea válido.

Sin embargo, como se ha explicado anteriormente, de la normativa laboral se desprende que, en el caso de los contratos a tiempo parcial, no se requiere de causa justa para proceder con el despido. Esta situación genera que el despido se “descausalice” y que, en consecuencia, se tengan los mismos efectos jurídicos en los casos en que el despido cuenta con una causa justa y en los que no, dado que en ninguno de los dos supuestos el trabajador obtendría una adecuada protección, a pesar de que en el segundo caso correspondería que así fuera. En otras palabras, el despido arbitrario se equipara, de acuerdo a la normativa peruana, con el despido justificado, haciéndolo, en consecuencia, válido, lo cual es a todas luces incorrecto.

Por su parte, el despido injustificado es un tipo de despido arbitrario, en el cual el empleador sí alega una causa, pero esta no puede probarse en juicio. En estos supuestos, debido a que se genera una afectación al derecho a la estabilidad laboral, corresponde que el trabajador reciba el pago de una indemnización, de conformidad con el artículo 34 de la LPCL. No obstante, esta protección se encuentra regulada únicamente para los trabajadores a tiempo completo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 22 de la LPCL.

Al respecto, cabe indicar que el hecho de que no exista reparación alguna en favor de los trabajadores a tiempo parcial en los casos de despido injustificado, además atentar contra la Constitución, contra el principio de igualdad y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú –conforme fuera explicado previamente-, genera un estado de precariedad para estos trabajadores, pues su estabilidad laboral se podría ver afectada en cualquier supuesto en el cual el empleador alegue una causa y esta no pueda ser probada en juicio. De este modo,

³⁴ Sentencia recaída en el expediente No. 00976-2001-AA/TC (caso Llanos Huasco).

correspondería que la normativa laboral también otorgue en su favor una reparación adecuada; no obstante, ello continúa siendo una asignatura pendiente.

8.3.2 Despidos lesivos de derechos fundamentales: incausado, nulo y fraudulento

Por otro lado, con relación a los despidos lesivos de derechos fundamentales, es importante señalar que solo dos de ellos se encuentran regulados por la normativa laboral: el despido incausado y el despido nulo; siendo que el despido fraudulento es una construcción de la jurisprudencia constitucional.

En lo que respecta al despido incausado, éste se configura cuando “[s]e despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (Sentencia recaída en el Exp. No. 00976-2001-AA/TC); situación genera la afectación al contenido esencial del derecho al trabajo y la vulneración al derecho a la defensa del trabajador, pues se está arrebatando de manera intempestiva –sin una causa justa- la fuente de sustento del trabajador (es decir, el trabajo) y, además, al no alegar ninguna causa, se impide que el trabajador formule una adecuada defensa ante el cese aplicado a su persona.

Por su parte, el despido nulo es aquel despido que importa la afectación de los derechos regulados en la Constitución o por tratados ratificados por el Perú, diferentes al derecho al trabajo. Sobre el particular, el TC señala lo siguiente: *“Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo No. 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución”* (Sentencia recaída en el Exp. No. 00976-2001-AA/TC). Dentro de los derechos que pueden ser vulnerados por un despido nulo se encuentran el derecho a la libertad sindical, el derecho a la igualdad (actos discriminatorios), entre otros.

Sobre el particular, Víctor Ferro ha expresado que *“[...] despidos cuyo verdadero propósito sea afectar la libertad sindical, o el ejercicio legítimo del derecho de huelga, o impliquen actos de represalia derivada de reclamos planteados contra el empleador, o la afectación a la maternidad justificarán igualmente un pronunciamiento jurisdiccional de eficacia restitutoria”* (2012, pág. 492). En efecto, esta lógica fue seguida por el TC y, además, por el legislador, siendo que, a diferencia de los otros tipos de despido, el despido nulo es el único sobre el cual la LPCL, a través de su artículo 34, estableció una protección restitutoria.

Por otro lado, con relación al despido fraudulento, el TC ha señalado lo siguiente:

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad [...]; o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad [...] o mediante la "fabricación de pruebas".

En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.³⁵

(El énfasis es añadido)

Conforme lo indica el propio TC, el despido fraudulento es un despido que, en apariencia, cumple con los requerimientos legales, pero, contrario a ello, se trata de un despido construido a partir de hechos que no se condicen con la realidad. Esta situación genera una vulneración al derecho al trabajo, motivo por el cual el TC ha señalado la necesidad de que su producción conlleve una adecuada tutela restitutoria en favor del trabajador afectado.

Cabe indicar sobre el particular que, en algunas ocasiones, el despido fraudulento podría ser confundido con el despido arbitrario (injustificado), dado que la supuesta causa no se llega a comprobar. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema mediante la Casación Laboral No. 17160-2017 Tacna, no existe equivalencia entre ambos despidos, dado que la reposición en el empleo solo aplica para el despido fraudulento y, para éste, no se requiere evaluar la proporcionalidad de la sanción aplicada al trabajador, como sí ocurre con el despido arbitrario: *“Décimo quinto: Es necesario precisar, a pesar de que como se sostuvo anteriormente la pretensión del demandante es la “reposición” la misma que solo es factible mediante el despido fraudulento invocado y no el arbitrario, no resulta necesario evaluar la proporcionalidad de la sanción”* (El énfasis es añadido).

Como se observa, estos tres tipos de despido cuentan con relevancia constitucional, motivo por el cual el TC ha señalado en diversa jurisprudencia que, ante la producción de los mismos, los trabajadores cuentan con una protección restitutoria. Esta situación se justifica en que, independientemente de que generan una afectación a la estabilidad laboral, estos despidos vulneran derechos fundamentales de los trabajadores, como sucede con el derecho al trabajo –principalmente-, el derecho a la defensa, a la libertad sindical, a la igualdad, entre otros.

Considerando lo antes señalado, no cabe, pues, que esta protección sea negada de modo alguno a los trabajadores a tiempo parcial. Es decir, si bien la normativa laboral limita lo que corresponde a la protección contra el despido arbitrario a efectos de solicitar una indemnización –lo cual se lleva a cabo en la vía ordinaria-, dicha norma no implica de ninguna manera que la protección constitucional regulada por el TC no les sea aplicable. Interpretar lo contrario traería consigo una mayor vulneración a los derechos de los trabajadores, puesto que se verían impedidos de obtener una adecuada tutela y, por ende, se mantendrían en una situación vulneratoria sin cese.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, se ha podido observar que el TC, en distintas sentencias, se ha limitado a determinar si el trabajador laboraba o no menos de cuatro (4) horas diarias en promedio, a fin de definir si hubo o no vulneración contra su derecho al trabajo. De este modo, si se concluía que, en efecto, el trabajador laboraba a tiempo parcial, se convalidaba el cese, indicando que no se había producido una vulneración al derecho al trabajo, ya que, de acuerdo con el ordenamiento, no se habría producido un despido arbitrario, tal como se observa a continuación:

³⁵ Sentencia recaída en el expediente No. 00976-2001-AA/TC (caso Llanos Huasco).

Sentencia recaída en el Exp. No. 04064-2011-PA/TC

3.3.2. [...] No obstante lo antes expuesto, la actora expresa en la demanda que la jornada laboral diaria era de ocho horas. Sin embargo, en autos no obra medio probatorio idóneo que acredite que la actora ha laborado más de 4 horas diarias. [...]

3.3.3. Consecuentemente, no se ha producido la alegada desnaturalización de los contratos de trabajo a tiempo parcial [...]

(El énfasis es añadido)

Sentencia recaída en el Exp. No. 03355-2010-PA/TC

7. En el presente caso, de la Resolución N.º 3786-CU-2008 (f. 32) se desprende que se aprobó la contratación del recurrente como “Jefe de Práctica a tiempo parcial para la Facultad de Ciencias Farmacéuticas, Bioquímicas y Biotecnológicas”, por 16 horas semanales efectivas totales de servicios; es decir, que la jornada diaria resulta inferior a 4 horas; que no obstante, el demandante señala en su escrito de demanda que su jornada de trabajo era de más de 4 horas diarias. Sobre el particular, debe destacarse que en autos no obra prueba alguna que acredite fehacientemente tal hecho. [...]

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo porque no se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo.

(El énfasis es añadido)

Esta situación lleva a formular dos observaciones. La primera es que podría suceder que, al igual que en los casos antes presentados, en los supuestos de despido de dirigentes sindicales o de mujeres embarazadas contratadas a tiempo parcial –por ejemplo-, solo se verifique si estos laboraban menos de cuatro (4) horas diarias en promedio o no, sin evaluar si el despido producido genera la vulneración de otros derechos, como el derecho al trabajo, a la libertad sindical o a la igualdad, de ser el caso; situación que ameritaría, definitivamente, una adecuada tutela en favor del trabajador.

En ese sentido, el TC debería evaluar si el despido ha generado un perjuicio al trabajador, con lo cual, independientemente de que se trate de trabajadores a tiempo parcial y de la regulación legal que se tiene al respecto, debería aplicarse el remedio jurídico pertinente para el caso concreto. Lo contrario permitiría que los empleadores cuenten con una herramienta “legalmente válida” –dado que los trabajadores a tiempo parcial, por ley, no tienen estabilidad laboral- a efectos de lograr un objetivo inválido y vulneratorio de derechos, la misma que podrían aplicar sin límite alguno.

Con relación a este tema, es pertinente hacer referencia a que, en lo que respecta al despido que atenta contra el derecho a la libertad sindical y contra el derecho a la igualdad de la madre trabajadora (los mismos que califican como “nulos”), el TC debería ser aún más incisivo en la evaluación del caso, con la finalidad de tutelar de manera adecuada los derechos de los trabajadores afectados, independientemente de que estos sean a tiempo completo o a tiempo parcial. Ello, debido a que, con relación al derecho a la libertad sindical, el artículo 30 del TUO de la LRCT establece que “[e]l fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación”. Así, se desprende de la norma que se

encuentra prohibido el despido que pueda tener como motivo la condición de afiliado o de dirigente sindical del trabajador –sin hacer ningún tipo de distinción-, motivo por el cual el empleador deberá sustentar adecuadamente la causal que justificaría el cese de su vínculo laboral.

Por su parte, con relación al derecho a la igualdad de la madre trabajadora, el artículo 6 de la Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre mujeres y varones, establece lo siguiente: *“Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”*. Así, al igual que en el caso anterior, se establece una protección especial a las madres trabajadoras –sin hacer distinción alguna-, a fin de evitar que su condición sea utilizada maliciosamente por el empleador para dar fin al vínculo laboral, razón por la cual también deberá acreditarse la causa justa de despido, de ser el caso.

Cabe indicar que esta última regulación se condice con lo establecido por el Convenio 183 de la OIT -instrumento internacional que ha sido ratificado por el Perú-, cuyo artículo 8 dispone lo siguiente: *“1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. [...]”*.

Por otro lado, la segunda observación respecto de las sentencias citadas anteriormente es que, a pesar de contar con normas constitucionales e internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico que establecen que la estabilidad laboral y la protección contra el despido arbitrario deben ser garantizados en favor de la totalidad de trabajadores sin distinción alguna, los jueces no aplican el control difuso en los casos que les corresponde resolver –tal como se observa en las sentencias antes citadas-. Sobre el particular, es preciso indicar que el control difuso es la facultad con la que cuenta la totalidad de jueces *“para establecer la inconstitucionalidad de una norma dentro del marco de una controversia concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a las partes intervinientes en dicha litis”* (García V. , 2013, pág. 22).

Dicha facultad, en el Perú, se desprende de lo dispuesto por los artículos 51 y 138 de la Constitución Política y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley No. 28237), los cuales estipulan, respectivamente, lo siguiente:

Artículo 51.- Supremacía de la Constitución

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

[...]

(El énfasis es añadido)

De acuerdo con lo regulado por estas disposiciones normativas, los jueces pueden y deben buscar que las normas con jerarquía constitucional (lo cual incluye a aquellos tratados ratificados por el Perú³⁶) prevalezcan en todos los casos sobre las normas legales que no son compatibles con ellas. En el presente caso, como se ha indicado, el artículo 22 de la LPCL resulta incompatible con la Constitución y con el “Protocolo de San Salvador”, además de ir en contra de los fines propuestos por la OIT para la consecución del trabajo decente; por este motivo, contrario a lo que se ha venido realizando, la jurisdicción debería aplicar el control difuso a efectos de garantizar y tutelar de manera adecuada los derechos de los trabajadores a tiempo parcial en casos de despido arbitrario o vulneratorio de derechos fundamentales.

Con motivo de todo lo expuesto a lo largo del presente acápite, se concluye que los trabajadores a tiempo parcial se encuentran en situación de igualdad con los trabajadores a tiempo completo respecto de casi todas las formas de extinción. No obstante, en cuanto al despido, aquellos sufren la vulneración de su derecho al trabajo, ya que, ante un despido arbitrario, no cuentan con estabilidad laboral y, por ende, no tienen derecho a una adecuada protección (sin perjuicio de la tutela constitucional restitutoria que, en todos los casos, les debe corresponder).

De este modo, como se ha observado, existen diversas razones que llevan a concluir que esta situación, regulada por ley, es jurídicamente inválida. En ese sentido, se requiere de una modificación legislativa que sea compatible con la Constitución Política, sus principios rectores y con las disposiciones del Derecho Internacional aplicables a nuestro ordenamiento, con la finalidad de tutelar los derechos de los trabajadores a tiempo parcial e impedir que continúen siendo trabajadores precarios, en los términos de la OIT.

IX. Propuesta de regulación legislativa de los contratos a tiempo parcial

Como último punto a abordar en el presente trabajo, y considerando lo desarrollado a lo largo del mismo, se encuentra la propuesta de regulación legislativa de los contratos a tiempo parcial. A partir de esta propuesta, se busca que la normativa laboral peruana pueda contar con una norma que i) regule la definición de los contratos a tiempo parcial, ii) contemple la finalidad que deberían buscar estos contratos (es decir, lograr el “doble beneficio” al que se ha hecho constante referencia) y, iii) logre eliminar las falencias de la regulación actual, ya

³⁶ Por tratarse, en el presente caso, de tratados referentes a derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3, 57 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

sea llenando vacíos normativos y/o corrigiendo lo establecido por normas arbitrarias e inválidas.

En ese sentido, se presenta a continuación una propuesta de ley que busca normar de manera integral los aspectos más relevantes de los contratos a tiempo parcial. Ello, con la finalidad de que pueda ser considerada para un eventual cambio legislativo en materia laboral.

“LEY QUE REGULA LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

Artículo 1.- Definición

La contratación a tiempo parcial es una modalidad contractual a través de la cual se pacta con un trabajador cuya actividad laboral tendrá una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable. Estos contratos podrán celebrarse a plazo indeterminado o sujetos a modalidad (a plazo fijo).

Es un trabajador a tiempo completo en situación comparable aquel que cumple la jornada ordinaria establecida por el empleador para su centro de labores y que realiza una labor idéntica o similar a la del trabajador contratado a tiempo parcial.

Artículo 2.- Finalidad

La finalidad de los contratos a tiempo parcial es poder facilitar el acceso al trabajo para los hombres y las mujeres con vistas a conciliar la vida profesional y la vida familiar, preparar la jubilación y aprovechar las posibilidades de educación y de formación, a fin de mejorar sus competencias y sus oportunidades profesionales. Al mismo tiempo, tienen como objetivo favorecer al empleador, permitiéndole cubrir los requerimientos que pudieran surgir a partir de sus necesidades empresariales. De este modo, los contratos a tiempo parcial buscan satisfacer el interés mutuo de los empleadores y los trabajadores, de una manera que favorezca el desarrollo de estos.

Artículo 3.- Jornada a tiempo parcial

Una jornada calificará como a tiempo parcial cuando el total de horas de labor a la semana, dividida entre los días de jornada ordinaria establecida por el empleador para su centro de trabajo, resulte, en promedio, menor de cuatro (4) horas diarias.

Artículo 4.- Causa objetiva

Los contratos de trabajo a tiempo parcial deberán contar, necesariamente, con una causa o causas objetivas que den lugar a la contratación, la(s) misma(s) que deberá(n) guardar relación con la finalidad de estos contratos, descrita en el artículo 2 de la presente ley.

Artículo 5.- Requisitos del contrato a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito, consignándose, como mínimo, la siguiente información:

- a) Causa objetiva del contrato a tiempo parcial*
- b) Jornada y horario de trabajo*
- c) Remuneración y beneficios a ser otorgados al trabajador*

De no cumplirse los requisitos antes mencionados, la jornada a tiempo parcial devendría en inválida, convirtiéndose en una jornada a tiempo completo.

Finalmente, el contrato a tiempo parcial deberá ser puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción.

Artículo 6.- Periodo de prueba

El periodo de prueba a ser establecido para un trabajador a tiempo parcial deberá ser proporcional al que fuera determinado, de conformidad con el artículo 43 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, para el trabajador a tiempo completo en situación comparable. Para realizar el cálculo de la proporción correspondiente, deberá tomarse en consideración la cantidad de horas de jornada semanal establecida para cada uno de estos trabajadores.

Cumplido el periodo de prueba, el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Artículo 7.- Modificaciones unilaterales de la jornada de trabajo

El empleador, en virtud del ius variandi, está facultado para modificar la jornada de trabajo a tiempo parcial, siempre que la modificación realizada se encuentre motivada en una razón objetiva (v.g. las necesidades del centro de trabajo) y cumpla con ser razonable y proporcional a la causa que la justifica.

Asimismo, el cambio realizado no podrá desvirtuar la naturaleza del contrato a tiempo parcial, motivo por el cual la jornada, luego de la modificación, no podrá exceder, en ningún supuesto, las cuatro (4) horas diarias de labor en promedio. De lo contrario, la modificación devendrá en inválida.

Artículo 8.- Desnaturalización

Los contratos de trabajo a tiempo parcial se desnaturalizarán y, por ende, pasarán a ser a tiempo completo en los siguientes supuestos:

- a) Si el trabajador realiza horas extras de manera ordinaria. Como máximo, podrá realizarse por semana un total de horas extras equivalente al 10% de jornada semanal del trabajador a tiempo parcial;*
- b) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude respecto de la contratación a tiempo parcial.*

Artículo 9.- Derechos y beneficios

Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo disposición normativa expresa en contrario. Asimismo, tienen derecho a percibir los mismos beneficios que, por ley, pacto o costumbre, tuvieran los trabajadores a tiempo completo del respectivo centro de trabajo. Sin perjuicio de ello, ciertos beneficios serán percibidos de manera proporcional, de conformidad con lo regulado en los artículos siguientes.

Artículo 10.- Remuneración

El trabajador a tiempo parcial percibirá una remuneración proporcional a la que recibe el trabajador a tiempo completo en situación comparable, salvo que existan motivos objetivos (v.g. antigüedad, condiciones especiales de la prestación de servicios, entre otros) que justifiquen una remuneración mayor. A fin de determinar la remuneración del trabajador a tiempo completo en situación comparable, deberá considerarse el cuadro de categorías y funciones y las bandas salariales establecidos por el empleador, de conformidad con la Ley No. 30709, su reglamento y normas conexas.

Los trabajadores a tiempo parcial, en ningún supuesto, podrán percibir menos de una remuneración mínima vital, a pesar de que el cálculo proporcional pueda resultar menor a ella.

Artículo 11.- Descanso vacacional y remuneración vacacional

Los trabajadores a tiempo parcial tendrán derecho a treinta (30) días de descanso vacacional.

El monto de la remuneración vacacional será equivalente a la remuneración proporcional que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando.

A efectos de determinar los días efectivamente laborados para cálculo del récord vacacional, regulado por el Decreto Legislativo No. 713, se deberán seguir las siguientes reglas:

- a) Si la jornada semanal es continua (5 o 6 días a la semana): Cada día de labor a tiempo parcial será considerado como día efectivo de trabajo.*
- b) Si la jornada semanal es discontinua (4 o menos días a la semana): Se deberá efectuar equivalencias entre los días de jornada de un trabajador a tiempo parcial y los de un trabajador a tiempo completo en situación comparable. De este modo, el total de días laborados en la semana por el trabajador a tiempo parcial será equivalente, para efectos del cómputo, al total de días laborados en la semana por el trabajador a tiempo completo; con lo cual, ante una inasistencia del trabajador a tiempo parcial, deberá deducirse de dicho cómputo la proporción de días correspondiente.*

Artículo 12.- Permisos a ser gozados durante la jornada de trabajo

El trabajador a tiempo parcial tendrá derecho a los permisos regulados por ley de forma proporcional al trabajador a tiempo completo en situación comparable, considerándose, para estos efectos, que las horas o periodos establecidos en la norma correspondiente son regulados tomando como referencia a este último.

Lo dispuesto en el presente artículo resulta a aplicable para los siguientes permisos: i) permisos por lactancia materna, ii) uso de lactario, iii) permiso para la atención de familiares con Alzheimer y otras demencias y iv) permiso para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad. Por el contrario, no resulta aplicable al horario de refrigerio, al permiso por donación de sangre ni al permiso en favor de trabajadores con tuberculosis.

Artículo 13.- Compensación por tiempo de servicios

La remuneración computable para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores a tiempo parcial será la remuneración proporcional a la que se hace referencia en el artículo 10 de la presente ley.

A efectos de determinar los días efectivamente laborados para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los trabajadores a tiempo parcial, se deberán seguir las siguientes reglas:

- a) Si la jornada semanal es continua (5 o 6 días a la semana): Cada día de labor a tiempo parcial será considerado como día efectivo de trabajo.*
- b) Si la jornada semanal es discontinua (4 o menos días a la semana): Se deberá efectuar equivalencias entre los días de jornada de un trabajador a tiempo parcial y los de un trabajador a tiempo completo en situación comparable. De este modo, el total de días laborados en la semana por el trabajador a tiempo parcial será equivalente, para efectos del cómputo, al total de días laborados en la semana por el trabajador a tiempo completo; con lo cual, ante una inasistencia del trabajador a tiempo parcial, deberá deducirse de dicho cómputo la proporción de días correspondiente, de conformidad con lo establecido por el artículo 8 del Decreto Supremo No. 001-97-TR.*

Artículo 14.- Participación en las utilidades

La remuneración computable para el cálculo de la participación en las utilidades de los trabajadores a tiempo parcial será la remuneración proporcional a la que se hace referencia en el artículo 10 de la presente ley.

Artículo 15.- Protección contra el despido arbitrario

Para el despido de un trabajador a tiempo parcial es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, de conformidad con lo establecido por los artículos 23 y siguientes del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA.- *Modifíquese el artículo 11 de Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR, el cual queda redactado de la siguiente manera:*

“Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a todos los beneficios laborales regulados por ley.”

SEGUNDA.- *Modifíquese el primer párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo No. 003-97-TR, el cual queda redactado de la siguiente manera:*

*“Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.
[...].”*

TERCERA.- *Modifíquese el literal a) del artículo 12 del Decreto Legislativo No. 713, el cual queda redactado de la siguiente manera:*

“Artículo 12.- Para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes:

*a) Los días de jornada efectiva
[...].”*

CUARTA.- *Modifíquese el artículo 11 del Reglamento del Decreto Legislativo No. 713, aprobado mediante Decreto Supremo No. 012-92-TR, el cual queda redactado de la siguiente manera:*

“Artículo 11.- Tiene derecho al descanso vacacional todo trabajador que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el Artículo 10 del Decreto Legislativo.”

QUINTA.- *Modifíquese el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-97-TR, el cual queda redactado de la siguiente manera:*

“Artículo 4.- Están comprendidos en el beneficio de la compensación por tiempo de servicios todos los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada, salvo las excepciones reguladas por ley.”

DISPOSICION COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- *Deróguese toda norma o disposición que se oponga a lo regulado por presente ley.”*

Conclusiones

1. La normativa peruana -tanto la LPCL como el RLFE- no cuenta con una definición para los contratos a tiempo parcial. Sin perjuicio de ello, a partir de las normas que regulan ciertos aspectos de estos contratos y tomando en consideración las opiniones emitidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, se ha podido determinar que, para la normativa laboral peruana, solo califican como contratos a tiempo parcial aquellos mediante los que se establece una jornada inferior a las cuatro (4) horas diarias en promedio.
2. Si bien el Perú no ha ratificado el Convenio 175 de la OIT, sería conveniente que sea tomado como referencia, a fin de poder regular una definición legal de los contratos a tiempo parcial, siendo que esta norma los define como aquellos que regulan una jornada de duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo en situación comparable, en un periodo de referencia determinado.
3. La finalidad de los contratos a tiempo parcial debería ser, por un lado, conciliar la vida personal y laboral de los trabajadores; y, por otro, fomentar la productividad y competitividad empresarial; es decir, tiene como fin generar un doble beneficio. No obstante, en el Perú, se observa que la regulación y el uso del mismo en el ordenamiento jurídico peruano se encuentran orientados al solo beneficio del empleador, con lo cual se estaría desvirtuando la figura.
4. Resultaría necesario que la normativa laboral peruana regule la exigencia de una cláusula que contenga la causa objetiva del contrato a tiempo parcial, a fin de justificar el rompimiento de la regla general de contratación a tiempo completo, es decir, de sustentar el carácter excepcional de la contratación. Este sustento debería encontrarse relacionado con la conciliación de la vida personal y laboral del trabajador y las necesidades del empleador, bajo la premisa de que estos objetivos constituyen la finalidad de los contratos a tiempo parcial.
5. El empleador, en el marco de un contrato a tiempo parcial, puede ser cualquier tipo de persona natural o jurídica. De igual manera, puede ser empleador un grupo de empresas (mediante contratos con cada una de ellas). Cabe indicar, asimismo, que las empresas que reportan el mayor número de contrataciones a tiempo parcial son las que conforman el sector servicios, motivo por el cual calificarían como empleadores prototípicos.
6. Los trabajadores prototípicos a tiempo parcial son las mujeres/madres trabajadoras y los estudiantes, dada la necesidad de conciliar su vida personal con la laboral. Sin embargo, en el caso peruano, no se cumple dicha tendencia, siendo que, de conformidad con las estadísticas nacionales, son trabajadores prototípicos a tiempo parcial los profesores. No obstante, sobre este grupo de trabajadores, se observa que no en todos los supuestos se encuentra presente la necesidad de conciliar la vida personal con la laboral, lo cual denota que no se estaría cumpliendo con la finalidad que deberían perseguir los contratos a tiempo parcial.

7. En el marco de los contratos a tiempo parcial, pueden producirse diversos supuestos de fraude a la ley. Dentro de ellos, se encuentra la circulación fraudulenta de trabajadores dentro de un grupo de empresas (mediante un contrato con cada una de las empresas o a través de un contrato con una sola empresa) y la realización de horas extras de manera ordinaria.
8. Con relación a las jornadas a tiempo parcial, estas pueden tomar diversos periodos de referencia para ser determinadas; sin embargo, en el Perú, se tomó la opción legislativa de que sean definidas sobre un periodo de referencia semanal, considerando el promedio de la jornada diaria realizada en la semana por el trabajador. Asimismo, estas jornadas pueden ser continuas o discontinuas, dependiendo de las necesidades del empleador y del trabajador.
9. El derecho del *ius variandi* en el caso de las jornadas a tiempo parcial es limitado, dado que el empleador no puede realizar una variación tal que implique la conversión del contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo y viceversa. Ante la producción de alguno de estos supuestos, el trabajador podría ejercer el *ius resistentiae* (derecho de resistencia) o impugnar la modificación llevada a cabo por el empleador en la vía judicial.
10. Si bien los trabajadores a tiempo parcial son excluidos del derecho al descanso vacacional en la normativa laboral peruana, cuentan con seis (6) días laborables de descanso en virtud del Convenio No. 52 de la OIT, ratificado por el Perú. Ahora bien, lo adecuado sería que estos trabajadores cuenten con treinta (30) días calendario de vacaciones, al igual que los trabajadores a tiempo completo, dado que sí pueden cumplir un año calendario de servicios (a pesar de contar con una jornada reducida); y, además, la remuneración vacacional sería equivalente a la remuneración proporcional establecida para ellos, lo cual compensaría la diferencia que existe respecto de la cantidad de horas de labor.
11. Los permisos o periodos de inactividad regulados por ley que se otorgan durante la jornada, en los casos de contratos a tiempo parcial, deberían ser otorgados de forma proporcional (salvo en los casos de horario de refrigerio, permiso por donación de sangre y permiso en favor de trabajadores con tuberculosis). Aunado a ello, debería establecerse la posibilidad de que, alternativamente, se puedan acumular las horas del permiso por lactancia materna, a fin de generar días adicionales de licencia en favor de la madre trabajadora.
12. La remuneración de los trabajadores a tiempo parcial debería ser determinada de forma proporcional a la que recibe un trabajador a tiempo completo en situación comparable. Asimismo, se tiene que la normativa laboral peruana permite que un trabajador a tiempo parcial perciba una remuneración inferior a la RMV; no obstante, ello es incorrecto e inconstitucional. En consecuencia, los trabajadores a tiempo parcial deberían recibir, en cualquier supuesto, como mínimo una RMV.
13. En lo que respecta a los beneficios sociales, la normativa laboral peruana excluye a los trabajadores a tiempo parcial del beneficio de la CTS (salvo en ciertos casos cuando la

jornada del trabajador es menor a cinco días y cumple, por lo menos, 20 horas semanales de trabajo). Dicha exclusión califica como inconstitucional y, por ende, corresponde que los trabajadores a tiempo parcial perciban el beneficio i) contabilizando los días laborados utilizando equivalencias con la jornada ordinaria del centro de labores; y ii) calculando el beneficio sobre la remuneración proporcional establecida en favor del trabajador. Esta fórmula de cálculo se condice con la finalidad protectora del beneficio, al ser una ayuda para el trabajador ante una situación de vulnerabilidad (desempleo).

14. Con relación a la participación legal en las utilidades, los trabajadores a tiempo parcial no se encuentran excluidos del beneficio, pero sí reciben un beneficio reducido –en comparación con los trabajadores a tiempo completo- dado que se contabilizan los días efectivos de trabajo. Al tratarse de un beneficio adicional otorgado al trabajador, con motivo de los buenos resultados de la empresa, resulta adecuada esta fórmula de cálculo.
15. El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a tiempo parcial, podría verse “afectado” por las características propias del contrato a tiempo parcial. Con relación a la libertad sindical, los trabajadores a tiempo parcial podrían sentirse desincentivados en participar en las actividades sindicales, dado que, por ejemplo, los sindicatos se han dedicado a defender, tradicionalmente, los intereses de los trabajadores a tiempo completo. Respecto del derecho a la negociación colectiva, los beneficios económicos deberían ser aplicados de manera proporcional (al igual que la remuneración). Y, finalmente, en lo que concierne al derecho de huelga, los trabajadores a tiempo parcial podrían no adherirse a esta, pues la remuneración que reciben es menor a la de un trabajador a tiempo completo y, por ende, no les convendría que dicho pago se suspenda.
16. El ordenamiento jurídico peruano no otorga protección contra el despido arbitrario a los trabajadores a tiempo parcial. Dicha regulación, contenida en el artículo 22 de la LPCL, califica como una norma inconstitucional.
17. Con relación a los despidos lesivos de derechos fundamentales, debe indicarse que todos los trabajadores, sin distinción, cuentan con una protección restitutoria, independientemente de lo dispuesto por el artículo 22 de la LPCL. Ello, en virtud de que estos despidos no solo vulneran la estabilidad laboral (como sucede con el despido injustificado), sino también otros derechos fundamentales de relevancia constitucional (derecho a la defensa, a la libertad sindical, a la igualdad, entre otros).

Referencias bibliográficas

- Álvarez, F. (1985). Compensación por tiempo de servicios. *Derecho PUCP*, 8-86.
- Anker, R., Chernyshev, I., Egger, P., Mehran, F., & Ritter, J. (2003). La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos. *Revista Internacional del Trabajo*, 122(2), 161-195.
- Arce, E. (2006). *Estabilidad laboral y contratos temporales*. Lima: PUCP.
- Arce, E. (2008). El "Laberinto Normativo" del Contrato a Tiempo Parcial. *Derecho & Sociedad*(número 30), 121-131.
- Arce, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- Ávalos, O. (2008). *Contratos de trabajo temporal: Un estudio práctico sobre los contratos sujetos a modalidad*. Lima: Grijley.
- Aylwin, A., & Rojas, I. (2005). Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado. *Ius et Praxis, volumen 11*(número 2), 197-225.
- Bardales, A., & Quispe, G. (2009). *Guía práctica de probanza de la relación laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bastidas, M. (2015). *Economía del cuidado, empleo femenino y sindicalismo en el Perú*. Lima: Asociación de Desarrollo Comunal.
- Baz, J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Editorial Comares.
- Blancas, C. (2006). *El despido en el Derecho Laboral peruano* (Segunda ed.). Lima: Ara Editores.
- Blancas, C. (2012). Fexiseguridad, derecho al trabajo y estaabilidad laboral. *Derecho PUCP*(68), 383-402.
- Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Bote, V., & Cabezas, A. (2012). Conciliación y contrato a tiempo parcial en España: Efectos de la crisis. *Pecunia*(14), 207-218.
- Boza, G., & Guzmán-Barrón, C. (1998). El pago a cuenta a los trabajadores de la participación en las utilidades de la empresa. *Ius et Veritas*, 114-122.
- Bueno, R. (2006). Hacia una definición de los beebeneficios sociales como gasto deducible del Impuesto a la Renta. *Derecho & Sociedad*, 67-75.
- Calderón, C. (2015). La inexistencia de estabilidad laboral en el régimen de trabajo a tiempo parcial como manifestación de la vulneración del trabajo decente en el Perú. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 293-309.

- Castello, A. (2006). *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Castello, A. (2007). Grupo de empresas: Enfoque laboral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*(número 30), 161-182.
- Cortés, J. C. (1996). ¿El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado como despido? *Ius et veritas*(12), 81-88.
- De Lama, M. (2016). *La importancia de los registros administrativos laborales: algunos apuntes sobre el impacto del Decreto Legislativo N° 1246 en la labor de la Administración del Trabajo*. Lima.
- De los Ríos, J. A. (2015). El contrato de trabajo a tiempo parcial. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 325-336). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Díez-Picazo, L. (1992). El abuso de derecho y el fraude a la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. *Ius et Veritas*(número 5), 5-14.
- Elías, F. (1999). *Compensación por Tiempo de Servicios*. Lima: Actualidad Laboral.
- Ermida, O., & Villavicencio, A. (1991). *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC.
- Espín, M. (2015). El contrato a tiempo parcial: De la oportunidad de generar empleo a la precariedad en el empleo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*(31), 137-162.
- Espinoza, J. (2004). Abuso del derecho, fraude a la ley y apariencia: ¿principios que ayudan o confunden al operador jurídico? En F. Escobar, L. León, R. Morales, & E. Palacios, *Negocio jurídico y responsabilidad civil* (págs. 243-262). Lima: Grijley.
- Ferradans, C. (2006). *El contrato de trabajo a tiempo parcial: Dificil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Navarra: Aranzadi.
- Ferro, V. (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP*(68), 471-494.
- Gamero, J. (2011). De la noción del empleo precario al concepto de trabajo decente. *Derecho & Sociedad*(37), 117-125.
- García, Á. (2015). *Jornada de trabajo, horario de trabajo y sobretiempo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García, F. (2003). El contrato a tiempo parcial en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. *Laborem*(3).

- García, V. (2013). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de constitucionalidad y el modelo de control derivado y sinérgico. *Derecho & Sociedad*(40), 13-37.
- Ginès, A. (2013). Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial. En S. Del Rey (Director), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales* (págs. 63-122). Madrid: La Ley.
- Gonzales, L. Á. (2016). *El contrato de trabajo y sus modalidades*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Kjeldstad, R., & Nymoen, E. (2012). Empleo a tiempo parcial y género: El trabajador o el puesto de trabajo como factor clave. *Revista Internacional de Trabajo, volumen 131*, 93-118.
- Lizares, M. (2019). *Horario de trabajo y horas extras*. Lima: Gaceta Jurídica.
- López, A., Ponce, O., Pérez, R., Montero, V., & Rojas, L. (2016). Los profesores de tiempo parcial en las universidades públicas estatales: una profesionalización inconclusa. *Revista de la Educación Superior, volumen 45*(número 180), 23-30.
- Marinakís, A. (1999). Participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de las empresas en América Latina. *Revista de la CEPAL*(69), 71-84.
- Martín Valverde, A. (1976). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- Martín, A., Rodríguez-Sañudo, F., & García, J. (2005). Contrato de trabajo a tiempo parcial y de relevo. En *Derecho del Trabajo* (págs. 519-523).
- Mejía, R. (2012). La regulación del tiempo de trabajo. *Ius et veritas*(45), 310-323.
- Montoya, A. (2013). *Derecho del Trabajo* (Trigésimo cuarta edición ed.). Madrid: Tecnos.
- Moral, J., García, F., & Bote, V. (2012). Flexibilidad del tiempo de trabajo en España: ¿Ha alterado la crisis el comportamiento del empleo a tiempo parcial? *Estudios de Economía Aplicada, 30-1*, 209-236.
- Neves, J. (2016). *Derecho colectivo del trabajo: Un panorama general*. Lima: Palestra.
- Obregón, T. (2018). *Manual de Relaciones Individuales del Trabajo*. Lima: Instituto Pacífico.
- Osterling, F. (2010). Resolución por incumplimiento, penas obligacionales y fraude a la ley. *Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil* (págs. 11-24). Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.
- Palomeque, M., & Álvarez, M. (1994). *Derecho del Trabajo* (Segunda edición ed.). Madrid: CEURA.

- Pla, A. (1993). Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados en Uruguay. En N. De Buen (Coordinador), *Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados* (págs. 269-412). México: Editorial Porrúa.
- Ramírez, J. (. (2008). *Curso de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rendón, J. (2014). *Derecho del Trabajo Colectivo* (Octava edición ed.). Lima: Grijley.
- Saavedra, M. (2011). Los determinantes del trabajo a tiempo parcial en Lima Metropolitana. *Contabilidad y negocios, volumen 6*(número 12), 50-66.
- Saco, R. (1989). El Jus Variandi: las modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación de servicios del trabajador. *Tesis para optar por el grado de bachiller en Derecho*.
- Sanguinetti, W. (1999). *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Lima: ARA Editores.
- Sastre, R. (1996). *El derecho al trabajo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Servicio Público de Empleo Estatal. (Junio de 2017). *Guía de contratos*. Obtenido de http://www.graduadosociales.es/wp-content/uploads/2017/07/guia_contratos_sepe_junio_2017.pdf
- Somavia, J. (1999). Memoria del Director General: Trabajo Decente. Ginebra: OIT.
- Tostes, M. (2012). *Manual de uso e interpretación de las estadísticas laborales*. Lima: Oficina de la OIT para los Países Andinos.
- Toyama, J. (1998). Los empleadores ideológicos y las libertades inespecíficas de los trabajadores. *Ius et Veritas*(número 16), 186-200.
- Toyama, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Trillo, M. (2009). Los contratos temporales y a tiempo parcial como formas de trabajo atípicas. Especial referencia a su régimen de seguridad social. *Revista Gaceta Laboral, volumen 15*(número 1), 101-130.
- Vidal, M. (2004). Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano. *Foro Jurídico*, 51-63.